

Põhiseaduslikkuse kohtuliku kontrolli sünniloost

Kokkuvõte. Artiklis kirjeldatakse seaduste kohtuliku kontrolli sünnilugu eri riikides alates klassikalisest Ateenast kuni Eesti Vabariigi 1920. aasta ja 1937. aasta põhiseaduseni. Seaduste kohtuliku kontrolli idee pärineb Antiik-Ateenast, kuid realiseerus Ameerika Ühendriikides. Revolutsioonid Ameerika Ühendriikides ja Prantsusmaal 18. sajandi lõpul andsid kirjutatud konstitutsiooni, mis sõnaselgelt seaduste kohtuliku kontrolli ette ei näinud. Seaduste konstitutsioonile vastavuse detsentraliseeritud kontrolli kehtestas Ameerika Ühendriikide Ülemkohus *Marbury vs. Madisoni* kohtupretsedendiga. Prantsusmaal, kus tunti vastumeelsust vana režiimi kohtunike vastu, keelas parlament seaduste kohtuliku kontrolli. Austria 1920. aasta põhiseadus kujundas põhiseaduslikkuse tsentraliseeritud kohtuliku kontrolli mudeli. Weimari põhiseadus vaikis kohtulikust kontrollist, kuigi õigusteadlased kontrolli üle aktiivselt mõtteid vahetasid. Seaduste vastavust põhiseadusele ei näinud ette ka Eesti Vabariigi 1920. aasta põhiseadus. Õigusteadlased kaldusid eelistama Ameerika Ühendriikide kohtuliku kontrolli mudelit.

Märksõnad: seaduste kohtulik kontroll, põhiseaduskohus, parlamendi suveräänsus, võimude lahusus

Seaduste ja haldustegevuse kohtulik kontroll, mis hõlmab haldusaktide ja toimingute ning õigustloovate aktide kohtuliku kontrolli, on meie õiguspraktikas juurdunud ning kohtuasutuste tavapärane tegevus. Õigustloovate aktide ehk üldaktide kohtuliku kontrolli nimetatakse põhiseaduslikkuse järelevalveks. Põhiseaduse järgi on Riigikohus põhiseadusliku järelevalve kohus (§ 149 lg 3). Kuid põhiseadus annab kõikidele kohtutele pädevuse kontrollida õigusaktide põhiseadusele vastavust ehk volitus põhiseaduslikkuse järelevalveks tuleneb põhiseaduse §-st 152, mis sätestab, et „[k]ohus jätab kohtuasja lahendamisel kohaldamata mis tahes seaduse või muu õigusakti, kui see on vastuolus põhiseadusega“. Sama paragrahvi teine lause annab Riigikohtule volituse tunnustada kehtetuks mis tahes seadus või õigusakt, kui see on vastuolus põhiseaduse sätte või mõttega. Eestis tunnustati põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalvet esimest korda sõnaselgelt 1992. aasta põhiseadusega ning täpsustati 5. mail 1993 vastuvõetud põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadusega, mis jõustus 24. mail 1993.^{*1} Vähem kui kuu pärast seaduse kehtima hakkamist tegi Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium esimese otsuse järelevalve asjas, mille algatas Vabariigi President.^{*2}

Põhiseaduse koostajad on ühelt poolt tunnustanud seadusandliku, täitev- ja kohtuvõimu lahususe ja tasakaalustatuse põhimõtet (PS § 4), kuid samas andnud kõigile kohtutele volituse valvata, et seadusandliku ja täitevvõimu tegevus vastaks põhiseadusele. Riigikohus on põhiseaduse ülim valvur, kellel on õigus tunnustada kehtetuks mis tahes seadus või õigusakt, mis pole üksnes vastuolus põhiseaduse sättega, vaid ka mõttega. Vastuolu põhiseaduse mõttega on tõlgendatud kui vastuolu mõne põhiseaduse sätete taga oleva põhiseaduse aluspõhimõttega, mis kogumina moodustavad Eesti Vabariigi põhikorra tuumiku.^{*3}

Kohtute kontrollifunktsioon pole siiski üles ehitatud selgele pädevuste eristusele, põhiseaduslikkuse järelevalve käigus kontrollib kohus seadusandja tegevust, halduskohtu pädevusse kuulub seevastu

¹ RT I 1993, 25, 435.

² RKPJKo 22.06.1993, III-4/1-1/93, Riigivapi seadus.

³ M. Ernits. Põhiseaduse § 152 komm. 30. – Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Toim. Ü. Madise jt. Tallinn: Juura 2017.

täitevõimu asutuste kontrollimine. Põhiseaduslikkuse järelevalve hõlmab nii Riigikogu seadusandlikku tegevust kui ka täitevõimu, eelkõige valitsuse õigusaktide põhiseaduslikkuse kontrolli. Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse esemeks on Riigikohtu tõlgenduse järgi õigustloov ehk üldakt, mis sisaldab üldkohustuslikke abstraktseid käitumiseeskirju sõltumata nende nimetusest.⁴ Seevastu halduskohtumenetluses on kohus pädev kontrollima, kas haldusorgani poolt üksikjuhtumi reguleerimiseks antud, isiku õigusi või kohustusi tekitav, muutev või lõpetav õigusakt⁵ või haldusmenetluses tehtud toiming, haldusorgani tegevusetus või viivitus on seaduslik.⁶ Igaihe õiguse pöörduda kohtusse oma õiguste ja vabaduste rikkumise korral annab põhiseaduse § 15 lõige 1.

Mul pole kavatsust analüüsida õigusaktide kohtulikku kontrolli ulatust, põhimõtteid ja tõlgendusi. Kirjeldasin eespool kohtute poolt teostatava seadusandliku ja täitevõimu õigusaktide ja toimingute kontrolli põhijooni ülevaatliselt vaid selleks, et näidata, kui ulatuslikud on kohtute volitused Eesti põhiseaduse järgi. Põhiseaduse koostajad nägid kohtutes tugevat põhiseaduse tagajat ning usaldasid kohtunikele inimeste põhiseaduses sätestatud õiguste ja vabaduste kaitse, mis poleks pelgalt illusoorne, vaid tegelik ja tõhus. Poliitikud ja ametnikud on alates põhiseaduse vastuvõtmisest kohtu sellist rolli võrdlemisi üksmeelselt tunnustanud. Hiljaaegu kõlas ühe erakonna esindajate suust siiski arvamus, et võimude lahususe põhimõte nõuab kohtute pöördumist tagasi Montesquieu tuntud ütluse juurde, et kohtunik on vaid seaduse suu, *la bouche de la loi*.⁷ Väljend, mida nüüdisaegses kontekstis Itaalia konstitutsioonikohtu kohtunik, professor Marta Cartabia on tabavalt nimetanud muinasteaduslikuks relikteks.⁸

Kohtuniku loodud õigus on saanud reaalsuseks riikides, kus võim valvata põhiseaduse üle on pandud kohtutele. Nende riikide arv on üha suurenenud. Põhiseaduslikkuse järelevalve on laienenud üle maailma. Ginsburg ja Versteeg on arvutanud, et 1951. aastal tunnustas kohtulikku kontrolli seaduste põhiseadusele vastavuse üle 38% maailma riikide põhiseadusi, kuid 2011. aastal oli juba 83% põhiseadusi omavatest riikidest andnud kohtutele võimu valvata konstitutsiooni kohaldamise üle ning õiguse jätta kõrvale seadused, mis pole kooskõlas konstitutsiooniga.⁹ See, mida Alexis de Tocqueville 1835. aastal kirjeldas Ameerika Ühendriikide eripärana¹⁰, on nüüd maailmas laialt levinud praktika. Selliste põhiseaduste arvu suurenenemine, mis tunnustavad kohtunike õigust valvata põhiseaduse üle, ei tingi iseenesest kohtunike mõju suurenemist õigusloomes. Põhiseaduslikkuse järelevalve mõjuvõimu kasvu tingisid muutused põhiseaduse iseloomus ja ulatuses II maailmasõja järel. 20. sajandi esimesel poolel vaadeldi Euroopa riikides põhiseadusi peamiselt poliitiliste instrumentidena ning kohtutel oli vaid piiratud õigus sekkuda põhiseaduslikesse vaidlustesse. II maailmasõja järgse Euroopa poliitikud mõistsid nii põhiseaduse autoriteedi kui ka põhiõiguste maksmapanemise tähtsust. Uued põhiseadused esitasid põhiõiguste ulatusliku kataloogi. Loodi põhiseaduskohtud, kellele anti pädevus need õigused maksuma panna. Kuna indiviidide põhiõigusi sisaldavad normid muutusid siduvateks õigusnormideks ning nähti ette protseduurid õiguste kasutamiseks ning tagamiseks, siis sai selgeks, et põhiseaduselt oodatakse põhiõiguste tagamisel palju olulisema rolli täitmist.¹¹ Abstraktselt ja väärtusorientatsiooni keeles sõnastatud põhiõigusnormide tõlgendamine nõuab palju suuremas ulatuses loominguilisust kui tavaseaduste kohaldamine. Nagu märgib Garlicki, hakkas põhiseaduskohtute rikas praktika mõjutama põhiseaduse originaalteksti ning see praktika muutus järk-järgult olulisemaks kui põhiseaduse tekst. Põhiseaduse kohaldamispraktika tekib peamiselt põhiseaduskohtute praktika kaudu.¹²

Osa õigusteadlasi on sellise arengu pärast skeptilised. Põhiseaduskohtute võimuvolituste kasvu on kritiseeritud eri vaatekohtadest. Levinud on vaade, et „juristokraatia“ peegeldab õigus- ja poliitilise eliidi huve

⁴ RKPJKo 22.11.2010, 3-4-1-6-10, p 44, Tallinna Veevärgi hinnakujundus.

⁵ Haldusmenetluse seadus, § 51 – RT I 2001, 58, 354.

⁶ Halduskohtumenetluse seadustik, § 6 – RT I, 23.07.2011, 3.

⁷ Riigikogu 20.30.2017 stenogramm. Arvutivõrgus: <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/201703201500>.

⁸ M. Cartabia. Mauro Cappelletti: One of the “precious few” of our generation. – International Journal of Constitutional Law 2016, Vol. 14, No 2, lk 470. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mow028>.

⁹ T. Ginsburg, M. Versteeg. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2013-29. University of Virginia School of Law, September 2013, lk 2. Arvutivõrgus: <http://ssrn.com/abstract=2319363>.

¹⁰ A. de Tocqueville. Tähelepanekuid Ameerika demokraatiast. Tõlk. H. Rajandi. Hortus Litterarum 1995, lk 83.

¹¹ L. Garlicki. Constitutional Courts versus Supreme Courts. – International Journal of Constitutional Law 2007, Vol. 5, No 1, lk 47. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mol044>.

¹² Samas, lk 47–48.

ja soove, mitte aga tavainimese huve.^{*13} Poliitilise konstitutsionalismi teoreetikud^{*14} argumenteerivad, et poliitilisi küsimusi ei saa otsustada keegi peale rahva. Tähelepanu alla on võetud kohtulik aktivism.^{*15}

Kriitilistele teooriatele vaatamata ühendab põhiseaduslikkuse järelevalve lai levik Lustigi ja Weileri sõnutsi kahte usku. Esiteks usku kõrgemasse seadusse, mis seob isegi demokraatlikku seadusandjat ning mille oluliseks sisuks on normid, mis kaitsevad individuaalseid õigusi ja vabadusi türannia vastu, isegi demokraatliku enamuse türannia vastu. Teiseks usku kohtutesse, olgu selleks tavakohus või põhiseaduskohus, kui kõige tõhusamasse kõrgema õiguse rakendamise tagatisse.^{*16} Lustig ja Weiler näitavad, et olukord on siiski palju keerulisem kui mõnikümme aastat tagasi, kui seaduste kohtulik kontroll plahvatuslikult levis. Lainete metafoori kasutades kirjeldavad nad arengut Euroopas ja nüüdisaegses maailmas tervikuna. Esimene laine oli kohtuliku kontrolli horisontaalne laienemine riikide õiguskorras. Teine laine seadis esiplaanile rahvusvahelise kõrgema õiguse ning allutas riigid rahvusvahelistele tribunalidele ka riigisiseste õigusaktide puhul – Euroopas Euroopa Inimõiguste Kohtule ja Euroopa Kohtule. Teisele lainele on iseloomulik üha kasvav rahvusvaheliste normide kui kõrgemate normide kasutamine riigisiseses põhiseaduslikus korras riigi kohtute poolt. Kolmandal lainel on kaks tahku. Osaliselt näitab see riikide kohtute esilekerkimist kontrolliasutusena, mis teostab kohtulikku järelevalvet riikidevahelise ja rahvusvahelise valitsemise ning kohtumõistmise üle. Osaliselt loob see mulje uuest identiteediotsingust konstitutsioonilises diskursuses. Mõlemad tahud tekitavad õiguskorra jaoks keerulisi normatiivseid küsimusi. Lustig ja Weiler väidavad, et kolmas laine on reaktsioon kahele esimesele.^{*17}

Ma ei soovi visandada tervikpilti põhiseaduslikkuse järelevalve arengust ja seisundist. Eesmärk on palju tagasihoidlikum. Soovin anda üldise ülevaate, kuidas kohtulik kontroll seadusandja üle jõudis riikide õiguskordadesse.

Tavaliselt seostatakse kohtuliku kontrolli alghetke Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu 1803. aasta otsusega *Marbury vs. Madisoni* asjas, tsentraliseeritud põhiseaduskohtu teket aga Kelseni teoreetiliste töödega ning Austria Põhiseaduskohtu loomisega 1920. aastal. Tõepoolest, esimene laine, Lustigi ja Weileri hinnangul tõeline tsunami, sai alguse Marbury kohtuasjast. Kuid nagu paljudes valdkondades tuleb idee algeid otsida antiikajast. Nii on see ka õigusaktide kohtuliku kontrolliga. Seepärast hakatuseks põige antiiki.

I. Õigusaktide kohtulik kontroll Ateena linnriigis

6. kuni 4. sajandini eKr

Ateena elas põhikorra all, mida nad nimetasid Kleisthenese reformidest 508/507 eKr kuni Demosthenese surmani 322/321 eKr *demokratia*ks.^{*18} Kleisthenest^{*19} peetakse demokraatliku korra alusepanijaks Ateenas. Pärast türann Hippiaase kukutamist alustas Kleisthenes 508/507. aastal eKr demokraatlike reformidega. Õigupoolest jätkas ta Ateena riigimehe, seadusandja ja poeedi Soloni (640–560 eKr) alustatud Ateena sotsiaalse süsteemi ümberkujundamist. Solon lõi 400 nõukogu, kes valmistasid ette laiema rahva-koosoleku arutelud. Selle tulemusena polnud poliitiline kontroll enam täielikult Ateena eliidi käes. Ta lõhkus juhtivate perekondade võimu, asendas selle omandile tugineva võimuga ning tekitas ka uue õiguskoodeksi. Kõik kodanikud olid seaduse ees võrdsed. Soloni seadused kehtisid peaaegu 200 aastat.^{*20}

¹³ Vt nt R. Hirchl. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.* Harvard University Press 2007. Eestis on tundnud „juristokraatia“ pärast muret Ülle Madise, vt Ülle Madise: juristokraatia ja põhiseadus. – Postimees, 21.11.2018.

¹⁴ Vt nt R. Bellamy. *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy.* Cambridge University Press 2007. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511490187>.

¹⁵ Eestis: B. Aaviksoo. Kohtulik aktivism põhiseaduslikkuse järelevalve funktsioonina. Kui aktivistlik on Eesti põhiseaduskohus. – *Juridica* 2005/5, lk 487–498; K. Kõo. Kohtulik aktivism – selle vähendamise vajalikkusest ja võimalustest. *Magistritöö.* Tartu 2019.

¹⁶ D. Lustig, J. H. H. Weiler. *Judicial Review in Contemporary World – Retrospective and Prospective.* – *International Journal of Constitutional Law* 2018, Vol. 16, No 2, lk 316. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moy057>.

¹⁷ Samas, lk 318–319.

¹⁸ M. H. Hansen. *Was Athens a Democracy? Popular Rule, Liberty and Equality in Ancient and Modern Political Thought.* *Historisk-filosofiske Meddelelser* 59. Copenhagen 1989, lk 4.

¹⁹ Tema sünni- ja surma-aasta pole selge. Sünniaastaks on nimetatud 560. ja 565. aastat eKr, surma-aastaks 508 ja 500 eKr.

²⁰ Solon. – *Ancient History Encyclopedia.* Arvutivõrgus: <https://www.ancient.eu/solon>.

Kleisthenese reformid jätkasid aristokraatlike perekondade võimu murendamist. Need reformid parandasid vaesemate kodanike osalemist valitsemises. Nõukogu liikmete arvu suurendati 500-ni – 50 liiget igast hõimust, kes nimetati liisuga. Rahvakoosolek sai uusi võimuvolitusi. Järgnenud kümnenditel kujunes välja otsedemokraatia süsteem.^{*21} Ateena *demokratia* kuldajaks peetakse siiski Periklese (494/495–429 eKr) aega Ateenas.^{*22}

Ateenlaste jaoks demokraatia (*demokratia*) andis reeglid (*kratos*) *demos*'ele ehk Ateena rahvale (tegelikult meessoost kodanikele, sest orjad, naised ja välismaalased olid riigiasjade otsustamisest kõrvale jäetud). *Demokratia* kõrgajal olid valitsemise kolm kesket institutsiooni rahvakoosolek (*ekklesia*), nõukogu (*boule*) ja rahvakohus (*dikasterion*).^{*23} Kui demokraat kasutas sõna *demos*, siis ta mõtles kodanike kogu, kes võis osa võtta rahvakoosolekust.^{*24} Arvatakse, et 5. sajandil eKr oli Ateena täiskasvanud meeste arv, kes võisid osaleda rahvakoosolekul, 40 000–60 000, 4. sajandil 20 000–30 000, kuid rahvakoosolekutest võttis tavaliselt osa palju vähem mehi.^{*25} Nõukogu võttis vastu dekreete (*psephismata*) konkreetsete küsimuste lahendamiseks, kuid tema peamine ülesanne oli rahvakoosoleku päevakorra ettevalmistamine.^{*26} 4. sajandil valiti liisuga 6000 rahvakohtuniku hulgast mitte üksnes kohtunikud (*dikastai*), vaid ka seadusandjad (*nomothetai*), kellele usaldati seaduste koostamine.

Ateenas valitseti 4. sajandil eKr seadustega (*nomoi*, ainsus *nomos*) ja dekreetidega (*psephismata*, ainsus *psephisma*). Dekreete võeti vastu rahvakoosolekul või nõukogus, seadusi rahvakoosolekul. Seaduste koostamiseks ja vastuvõtmiseks oli keeruline menetlus, mida nimetati *nomothesia*'ks.^{*27}

4. sajandil eKr hakati tegema selget vahet *nomos*'e (seadus) ja *psephisma* (dekreet) vahel. Kujundati õigusaktide hierarhia, kus seadus oli kõrgemal kui dekreet. Demosthenes olla öelnud: „Ühelgi dekreedil, ei nõukogu ega rahvakoosoleku poolt vastuvõetud, ei ole rohkem autoriteeti kui seadusel.“^{*28} Seadused võisid kindlaks määrata, milliseid dekreete võis vastu võtta. Canevaro arvab, et seaduste ja dekreetide vaheteoga eristati seadusandlust ning haldamist.^{*29} Seaduste puhul oli võtmelemendiks nende üldine iseloom. Seda kinnitas reegel, mille kohaselt polnud lubatud jõustada seadust indiviidi suhtes, kui sama seadus ei kehtinud kõigi ateenlaste suhtes. Seadusel peab olema üldine sisu ja seda saab rakendada ühtviisi kõigile kodanikele. Järgiti ka seaduste stabiilsuse põhimõtet, mis väljendus nõudes, et seaduse kehtivus ei ole ajaliselt piiratud.^{*30} Õiguskorda iseloomustas põhimõte, et seadustel (*nomoi*) on suurem autoriteet kui dekreetidel (*psephismata*), ning kehtisid vaid seadused, mis olid kirjutatud puuplaatidele või raiutud kivisse ja pandud välja avalikus kohas.^{*31}

Dekreetide seadustele vastavuse tagamiseks juurutati 415. aastal eKr vahend õigusakti vaidlustamiseks, kui see oli vastuolus seadusega. Selle protseduuri nimeks oli *graphe paranomon*. Nagu öeldud, 5. sajandi lõpul eKr tekitasid õigusreformaatorid õigusnormide hierarhia. Teoorias *psephisma* ei tohtinud olla vastuolus *nomos*'ega ning uus seadus ei tohtinud vastuolus olla jõus oleva seadusega, kui seda jõus olevat seadust samal ajal ei asendatud uuega. *Grappe paranomon*'i protseduuriga sai vaidlustada dekreete. Teine protseduur *graphe nomon me epitedeion thenai* loodi uute seaduste vaidlustamiseks.^{*32}

Küsimusele, miks ateenlased lasid liisuga valitud kohtunikel tühistada õigusakte, mida kodanikud võtsid vastu rahvakoosolekul, kus eeldatavasti osalesid ka hilisemad kohtunikud, annavad allikad Hanseni arvates erinevaid vastuseid. Esiteks olid kohtunikud vanemad. Rahvakoosolekul võisid osaleda kõik kodanikud, kes olid saanud 20-aastaseks (mõne töö kohaselt 18-aastaseks). Kohtunikud valiti üle 30-aastaste

²¹ Cleisthenes. – Ancient History Encyclopedia. Arvutivõrgus: <https://www.ancient.eu/cleisthenes>.

²² Pericles. – Ancient History Encyclopedia. Arvutivõrgus: <https://www.ancient.eu/pericles>.

²³ C. W. Blackwell. Athenian Democracy: A Brief Overview. – *Dēmos: Classical Athenian Democracy*. Stoa 2003, lk 3. Arvutivõrgus: https://www.stoa.org/demos/democracy_overview.pdf.

²⁴ M. H. Hansen. The Concept of *Demos*, *Ekklesia*, and *Dikasterion* in Classical Athens. – *Greek, Roman and Byzantine Studies* 2010, Vol. 50, No 4, lk 505.

²⁵ Samas, lk 8.

²⁶ Samas, lk 17.

²⁷ Samas, lk 28–29.

²⁸ Samas, lk 30.

²⁹ M. Canevaro. Making and Changing Laws in Ancient Athens. – *Oxford Handbook of Ancient Greek Law*. Ed. by M. Canevaro, E. Harris. Oxford University Press 2015, lk 41. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199599257.013.4>.

³⁰ Samas, lk 42.

³¹ C. W. Blackwell (viide 23), lk 31.

³² A. Lanni. Judicial Review and the Athenian Constitution. Public Law & Legal Theory Working Paper Series. Paper No. 10-21. Harvard Law School 2010, lk 2. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1555858>.

meeste hulgest. Teiseks andis igal aastal 6000 rahvakohtunikku vande, mida rahvakoosolekul osalevad kodanikud ei pidanud tegema. Kolmandaks, kohtus toimusid terve päev või ka mitu päeva tulised vaidlused kahe poole vahel. Rahvakoosolekul olid vaidlused pigem kaootilised. Neljandaks hääletati rahvakoosolekul käe tõstmisega, seevastu hääletus kohtus oli salajane.^{*33} 4. sajandil eKr oli *dikasterion* sageli üle *ekklesia*'st, kui küsimus ei puudutanud sõda, rahu ja välispoliitikat.^{*34}

Canevaro arvates oli õigusaktide kohtulik kontroll vajalik õiguse stabiilsuse tagamiseks. Uus protseduur lubas deemosel vastu võtta uusi reegleid igapäevaelu korraldamiseks, kuid samal ajal hoidis ära sellise seaduse vastuvõtmise, mis oli vastuolus esivanemate loodud õigusega. Kontrollimehhanism hoidis ära õiguslikud muutused.^{*35} Selles protsessis oli olulise tähtsusega selge vahetegu *nomoi* ja *psephismata* vahel. Hiljem nähti ette reeglid, mis andsid deemosele võimaluse kehtestada seadusi ja muuta endisi ilma õiguskorda lõhkumata, kuid selge ja legitiimse protseduuri järgi. Nende protseduuridega *nomoi* ja *psephismata* vahetegu institutsionaliseeriti, mis tõi kaasa seaduse ja dekreeidi vastuvõtmise erinevat rada mööda.^{*36} See süsteem tagas Canevaro hinnangul rahva suveräänsuse ja õiguslikud muutused, kaitses õigusriigi printsiipi ning andis Ateenale konstitutsioonilise stabiilsuse, mis kestis kuni Makedoonia invasioonini 322. aastal eKr.^{*37}

Klassikalises Ateenas tunnustati seega võimude lahusust, õigusaktide hierarhiat ning õigusnormide kohtulikkude kontrolli. Rahvakohtule oli antud võimuvolitused tühistada iga määrus (*psephisma*), mille oli vastu võtnud *ekklesia*, ja iga seadus (*nomos*), mille oli heaks kiitnud *nomothetai*, kui kohtunike enamus tunnistas määramise või seaduse konstitutsioonivastaseks (kui õigusakt oli vastuolus seadusega, mis oli arvatud parandatud seaduste kogumikku, või põhimõtete, millele toetus demokraatlik konstitutsioon).

Kuid milline oli Ateena linnriigi poliitilise süsteemi ja demokraatia kui ideoloogia, mida iseloomustasid kaks väärtust, võrdsus ja vabadus, mõju tänapäevale? Hanseni arvates polnud Ateena demokraatia traditsioon oluline osa 18. sajandi revolutsionääride intellektuaalsest taustast.^{*38} Ta seletab seda asjaoluga, et poliitilises filosoofias 1200.–1800. aastani pärinevad osutused demokraatiale Aristotelese ja Platoni kirjeldustest. Need suurkujud arutlesid demokraatia üle üldiselt ning olid selle valitsemisvormi suhtes pigem kriitilised. Ameerika ja Prantsuse revolutsionääre, samuti Inglise radikaale inspireeris enam Rooma kui Ateena.^{*39} Ameerika Ühendriikide loojad osutasid Roomale, sest see oli vabariik, mille põhikord oli segu. Ateenale pöörati vähe tähelepanu, sest demokraatiat nähti esindusdemokraatiana, mitte aga Ateena moodi otsedemokraatiana.

Ehkki nüüdisaegne seaduste kohtulik kontroll on märkimisväärselt sarnane Ateena *graphe paranomon*'i ja *graphe nomon me epitedeion thenai*'ga, pole Hanseni sõnutsi tõendeid, et Ateena instituudid olid Ameerika kohtuliku kontrolli mudeliks.^{*40}

II. Kohtuliku kontrolli kujunemine Ameerika Ühendriikides

Paradoksaalselt sai seaduste kohtulik kontroll alguse riigist, mille konstitutsiooni kohtute sellist pädevust polnud sisse kirjutatud. Kuid enne kui asuda põhiseaduslikkuse järelevalve tähiseks nimetatud *Marbury vs. Madison* kohtuasja juurde, on kasulik meenutada, kust pärinesid tollaste Ameerika juristide teadmised ja kogemus. Mõistagi koloonia emamaalt Inglismaalt. 17. sajandi tuntud juristide nimekirja esitsas on sõõr Edward Coke (1552–1634), kes oli Inglismaa peakohtunik 1606–1629 ning keda peetakse oma aja suurimaks juristik. Iga õpetatud jurist Inglise kolooniates ja varajases Ameerika Ühendriikides omandas teadmisi Coke'i kirjutiste põhjal. Tema raamat „Coke upon Littleton“ oli esimene raamat, mida kasutasid

³³ M. H. Hansen (viide 24), lk 531.

³⁴ Samas, lk 534.

³⁵ M. Canevaro (viide 29), lk 30.

³⁶ Samas, lk 44.

³⁷ Samas, lk 61.

³⁸ M. H. Hansen. *The Tradition of Ancient Greek Democracy and its Importance for Modern Democracy*. Copenhagen 2005, lk 9.

³⁹ Samas.

⁴⁰ Samas, lk 22.

Thomas Jefferson ja John Adams. Uurimused on näidanud, et revolutsioonilisel perioodil Ameerikas osutati sageli Edward Coke'i teosele „Second Reports“, eriti tema tähelepanekutele „Magna Carta“ kohta.^{*41} Coke tunnustas Inglise põhikorra ja üldõiguses alusseadust. Seda on seostatud „Magna Carta“, kuid Coke tegi selgeks, et „Magna Carta“ oli üldõiguses sisalduva vanema alusseaduse väljendus. See vanem alusseadus ühendas põhikorra ja üldõiguse ning juristid olid arvamisel, et üldõigus peab põhikorra küsimused kindlaks määrama.^{*42} Sagedasti tsiteeritakse ühte lõiku Coke'i kirjutatud *dr Bonhami* otsusest: „Kui parlamendiseadus on üldise õiguse ja loogilise kaalutluse vastu või vastuoluline või seda on võimatu täita, siis üldõigus kontrollib seda ning otsustab, et see seadus on kehtetu.“^{*43} Selle lõigu tähtsuse üle on vaieldud. Lobban eeldab, et kuigi Coke toetas parlamendi suveräänsust, võis ta silmas pidada, et on põhikorra printsiibid, millest parlament ei tohi üle astuda.^{*44} Kuid see pole vastus küsimusele, kes võib kontrollida ja tagada üldõiguse ülimuslikkust suverääni ja parlamendi omavoliliste otsuste vastu. Kuigi Mauro Cappelletti arvates oli Coke'i vastus selge: kontroll ja tagamine on kohtu ülesanne,^{*45} ei pidanud Inglise kohtud kunagi enesestmõistetavaks kontrollida parlamendi seadusi. Liitigi polnud Inglismaal tollal seadusandlus ja õigusemõistmine selgelt eraldatud.^{*46}

Mauro Cappelletti märgib, et Ameerika kolonialistid pärisid kaks Inglise traditsiooni – seadustest kõrgemate printsiipide teadvustamine ning sügav austus kohtunike ja nende sõltumatuse vastu – ning pidasid neid kasulikeks nende oma revolutsiooni situatsioonis ja ka hiljem.^{*47}

1688. aasta revolutsioon (*Glorious Revolution*), mida on nimetatud ka parlamentlikuks riigipöördeks, tõukas troonilt viimase Stuartite soost kuninga, katoliiklase James II. Selles revolutsioonis aadel ja kodanlus ühinesid Stuartite dünastia vastu, kui see püüdis laiendada oma võimu Mandri-Euroopa mudeli eeskujul. Kuigi Inglise revolutsiooni tagajärjeks polnud valitsemissüsteemi muutus ega ka konstitutsiooni vastuvõtmine, andis revolutsioon parlamendile juhtiva koha võimuharude süsteemis ning märkis seadusandja ja positiivse õiguse ülimuslikkuse triumfi Inglismaal. 1689. aastal Inglismaal vastu võetud õiguste deklaratsiooniga (*Bill of Rights*) algas Inglise parlamentaarne demokraatia. Ameerikas tekitas revolutsioon Inglismaaga võrreldes erineva tagajärje. Ameerikas oli revolutsiooni tulemuseks koloniaalkohtunikele õiguse andmine jätta tähelepanuta kohalikud seadused, mis pole kooskõlas Inglise õigusega.^{*48} Paradoksaalselt Inglise seadusandja kontrollimatu ülimuslikkuse printsiip pigem aitas kui takistas Ameerikas vastupidise süsteemi tekkimist.^{*49} Ameerika revolutsiooni eesmärgiks polnud muuta sotsiaalset korda, vaid kaitsta juba eksisteerivat vabadusel põhinevat korda, mis, tõsi küll, põhines orjamajandusel. Sotsiaalse korra kaitsmine tõusis päevakorda, kui Briti parlament, milles kolooniad ei olnud esindatud, kehtestas kolooniatele maksud seitsmeaastase sõja pidamise kulude katteks. Kuna Inglise seadustest ei saanud kolonistid abi, katkestasid nad revolutsiooni teel sideme emamaaga. Kui Inglismaal peeti parlamenti põhiõiguste kaitsevalliks, siis Ameerika kolooniad pidasid Briti parlamendi tegevuse tõttu parlamenti ohuks põhiõigustele. Seetõttu tõstsid nad põhiõigused kõrgemale seadusandlikust võimust.

Ameerika juhtivate poliitikute ja kohtunike emamaa intellektuaalne taust küll mängis rolli kohtuliku järelevalve tekkimisel, kuid väidetavalt otsustavamaks teguriks olid põhjanevad muutused Ameerika valitsemis- ja õigusideedes. Professor Wood nimetab nelja põhjanevat muutust arusaamades valitsemisest ja seadustest:

- 1) võimude lahususe ümbermõtestamine, mille tulemusena kohtunikud saavutasid seadusandja ja täitevõimuga samasuguse staatuse;
- 2) riigi toimimise ja ülesehituse jaoks põhjanevate normide kehtestamine konstitutsioonis;

⁴¹ A. Zimmermann. Sir Edward Coke and the Sovereignty of the Law. – *Macquarie Law Journal* 2017, Vol. 17, lk 139.

⁴² I. Williams. Edward Coke. – *Constitutions and the Classics. Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham*. Ed. by D. Galligan. Oxford University Press 2014, lk 93.

⁴³ Tsiteeritud M. Lobani artikli „The Common Law Mind in the Age of Sir Edward Coke“ (*Amicus Curiae* 2001, No 33) lk 20 järgi. DOI: <https://doi.org/10.14296/ac.v2001i33.1348>.

⁴⁴ Samas, lk 21.

⁴⁵ M. Cappelletti. Judicial Review in Comparative Perspective. – *California Law Review* 1970, Vol. 58, No 5, lk 1028. DOI: <https://doi.org/10.2307/3479676>.

⁴⁶ P. Brest, S. Levinson, J. M. Balkin, A. R. Amar. *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials*. 4. ed. Aspen Publishers 2000, lk 80.

⁴⁷ M. Cappelletti (viide 45), lk 1027.

⁴⁸ Samas, lk 1030.

⁴⁹ Samas, lk 1031.

- 3) konstitutsiooni positiivseks õiguseks tunnistamine, mille tulemusena saab seda kohaldada kohtus nagu tavaseadust;
- 4) poliitika ja õiguse lahutamine.^{*50}

Ükski neist teguritest eraldivõetuna ei tinginud kohtuliku järelevalve teket. Iga tegur oli vajalik, kuid mitte piisav. Kohtulik järelevalve oli protsesside kumuleerumise tulemus.

Kohtuliku järelevalve seemned hakkasid idanema koloniaalperioodil. Koloniaalrežiimi ajal olid kohtunikud kuningavõimu pikenduseks. John Adams järeldas 1766. aastal, et reaalselt on vaid kaks konstitutsioonilist võimu: seadusandlik ja täitevvõim koos õigusemõistmise korraldamisega, mis on täitevvõimu osa.^{*51} 1776. aasta iseseisvusdeklaratsioonist alates hakkasid kõik osariigid arhailist Inglise õigust ümber tegema. Vajadus uute õigusaktide järele tulenes ka kaubanduse hoogustumisest. Seaduste kirjutamise ja vastuvõtmise kaootilisuse tõttu polnud inimesed enam suutelised seadusi järgima. Lisaks seaduste tohutule arvule ka seetõttu, et osa neist oli halvasti sõnastatud. Madison mõistis varem kui keegi teine, et turbulentsed kildkondlik huvipoliitika, mis iseloomustas riikide seadusandjaid, ei olnud sobilik keskkond heade seaduste tegemiseks. Ta mõistis, et reformi põhiküsimus on seadusandliku võimu kontrollimine.^{*52} Ameerika juhtivad poliitikud hakkasid õigusliku segaduse ja kaose ees hirmu tundma ning nägid lahendust kohtutes. Riigi loojad mõistsid ka seda, et valitsemine nõuab mehhanismi, mis seob osariigid põhiseadusega. Ülemkohus ja põhiseaduse ülimuslikkuse klausel pidid taltsutama jõude, mis ähvardasid uue riigi lõhkuda.^{*53}

Väljapääsuna olukorrast leiti, et seadusandja sõnastab mõned üldised õiguspõhimõtted ja jätab nende tõlgenduse kohtutele.^{*54} Ameeriklased hakkasid uskuma, et eluajaks määratud kohtunikud on iseseisva ja sõltumatu demokraatliku valitsemise osa – võrdsed oma staatusest ja autoriteedilt seadusandja ja täitevvõimuga.^{*55} Kohtunike määratlemine seadusandliku ja täitevvõimuga võrdsete rahva agentidena muutis Woodi arvates kohtunikukonda Ameerikas ja mõjutas sügavalt nende rolli seaduste tõlgendamisel. Kuid see polnud veel piisav, et luua kohtulik järelevalve.^{*56}

1776. ja 1777. aastal endistes kolooniates ja hilisemates osariikides vastuvõetud põhiseadused^{*57} muutusid reaalseteks riigi põhikorra dokumentideks, mida varem polnud olnud. See polnud kujutletav kogum põhimõtteid tuhande eri arvamusega, vaid kirjutatud dokument. Sai ka selgeks, et Ameerika seadusandja on seotud kirjutatud dokumendiga viisil, nagu Inglise parlament seda ei olnud. Selge polnud aga see, kas kohtud võivad seada seadusandjale piirid. Nii Jefferson kui ka Madison mõtlesid, et kohtunikud võivad tegutseda rahva õiguste kaitsjana, kuid nad ei uskunud kunagi, et kohtunikel on eriline ja ainulaadne võim tõlgendada põhiseadust.^{*58}

Lisaks asjaolule, et konstitutsioon oli kirjalik dokument, mis sisaldas riigikorralduse põhialused, andis sellele dokumendile märkimisväärse tähenduse asjaolu, et see oli kasutuses tavalises kohtusüsteemis koos seadustega, mida kohaldatakse tavakohtus võistlevas menetluses. Seaduste, nende hulgas konstitutsiooni rakendamine eeldab õigusnormide tõlgendamist. Ehkki endisel emamaal polnud kirjutatud põhiseadust ning poliitilises süsteemis tunnustati parlamendi suveräänsust, oli Briti õiguslikul mõttel Ameerika kohtunikele endiselt mõju. Ameerika kohtunike mõtteviisi mõjutasid 18. sajandi Briti kohtunikud, kes rõhutasid kohtu õigust tõlgendada üldõigust.^{*59} Nii õigusautoriteet William Blackstone (1723–1780) kui ka Lord Mansfeld (1705–1793), peakohtunik aastatel 1756–1788, nõustusid parlamendi suveräänsusega, kuid lubasid kohtunikel kohandada ja tõlgendada seadusi nii, et need vastaksid üldõigusele. Ameerikas muutus konstitutsioon tavakohtus kohaldatavaks õigusaktiks. Kohtutel polnud õigus mitte üksnes seletada ja

⁵⁰ G. S. Wood. The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made Out of Less. – Washington & Lee Law Review 1999, Vol. 56, No 3, lk 792–808. Arvutivõrgus: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3> (23.08.2019). Vt samuti G. F. Hobson. The Origins of Judicial Review: A Historian's Explanation. – Washington & Lee Law Review 1999, Vol. 56, No 3, lk 812.

⁵¹ G. S. Wood (viide 50), lk 790.

⁵² G. F. Hobson (viide 50), lk 815.

⁵³ M. Schor. Mapping Comparative Judicial Review. Legal Studies Research Paper Series No 07-24. Suffolk University Law School 2007, lk 263. Arvutivõrgus: <http://ssrn.com/abstract=988848>.

⁵⁴ G. S. Wood (viide 50), lk 790–791.

⁵⁵ Samas, lk 793.

⁵⁶ Samas, lk 794.

⁵⁷ Seitsme osariigi (Virginia, Delaware, Pennsylvania, Maryland, Põhja-Carolina, Massachusettsi ja New Hampshire'i) põhiseadused 11-st sisaldasid põhiõiguste kataloogi.

⁵⁸ G. S. Wood (viide 50), lk 795.

⁵⁹ Samas, lk 799.

tõlgendada konstitutsiooni, vaid seda ka kohaldada nagu tavalist seadust. Professor Woodi hinnangul oli see ülitähtis muutus, sest andis Ameerika kohtunikele erilise põhiseadusliku autoriteedi, millist polnud kohtunikel mujal maailmas.^{*60}

Kui konstitutsiooni tõlgendamine muutus kohtus maad väristavast poliitilisest tegevusest tavapäraseks, siis selle tagajärjel õigusemõistmine liikus eemale poliitikast ja seadusandlusest. Koloniaalajastul ega ka pärast seda polnud kohtunikud ei professionaalid ega sõltumatud. Nad olid ühtaegu ametnikud, poliitikud või nõukogude liikmed. Kohtunikud nägid teenistust kohtus kui üldise poliitilise tegevuse laiendust. Kohtu muutumine võimuharuks muutis ka kohtunike käitumist. Nad lahkusid poliitikast ja pühendusid õigusemõistmisele. Õigusemõistmine kasvas üha enam lahku poliitikast.^{*61}

Ameerikas hakati uskuma, et see maa ei vaja üksnes institutsioone ja õiguslikke protsesse, mida saab kohandada kiiresti areneva majandusega, vaid ka aristokraatia mõõdukat mõju. Tocqueville pidas Ameerika kohtuid võimsaks relvaks poliitiliste kogude türannia ohjeldamiseks.^{*62}

18. sajandi lõpu ja 19. sajandi alguse Ameerika ühiskonna arengu kirjeldus annab võimaliku seletuse, mille järgi seaduste konstitutsioonile vastavuse kohtulik järelevalve tekkis poliitiliste, õiguslike ja intellektuaalsete tegurite koosmõjul. Tõsi, termin „kohtulik järelevalve“ (*judicial review*) mõeldi välja alles 1910. aastal ning selle kasutuselevõtmist seostatakse ajaloolase Edward Corwini nimega.^{*63} Tingimuste teke kohtulikuks järelevalveks ning kohtupretsedendid ajavahemikul 1787 kuni 1803^{*64} on nähtavasti andnud aluse hinnanguks – kui püütakse määrata hetke, millal Ameerika Ühendriikide Ülemkohus saavutas võimu anda hoop põhiseadusega vastuolus olevatele seadustele –, et liialt suur rõhk on pandud ühele kuulsale kohtuasjale *Marbury vs. Madison*.^{*65} Kuid Hobson tunnistab, et kuigi Marshall ei mõelnud välja konstitutsiooni kohtulikku järelevalvet, viis just tema selle kaugemale algsest kontseptsioonist, mille järgi on kohtulik järelevalve erakorraline, harva abiks võetav konstitutsiooni kaitse vahend.^{*66}

Kohtuasja *Marbury vs. Madison* (1803) taust oli iseäralik, seotud sündmustega, mis toimusid vahetult enne presidendivahetust Ameerika Ühendriikides. 1800. aasta presidendivalimised võitis Ameerika Ühendriikide iseseisvusdeklaratsiooni üks koostajaid, vabariiklane Thomas Jefferson, kes vahetas 4. märtsil 1801 presidenditoolil välja John Adamsi. Enne presidenditooli loovutamist esitas Adams senatile riigisekretär John Marshalli kandidaadi kinnitamiseks peakohtuniku ametisse. Presidendi otsuse tingis senise peakohtuniku Oliver Ellsworthi ametist lahkumine tervislikel põhjustel. Senat kinnitas 45-aastase, kohtuniku-kogemusteta John Marshalli 4. veebruaril 1801 ametisse, kuhu ta jäi kuni oma surmani 6. juulil 1835. John Marshall oli vaadetelt veendunud föderalist. Kongress, kus domineerisid föderalistid, võttis neli päeva enne Jeffersoni ametisse asumist vastu ringkonnakohtu seaduse, millega vähendati ülemkohtu kohtunike arvu kuult viiele ja loodi kuus uut ringkonnakohtu 16 kohtunikuga. Adams nimetas kiiresti kõik kohtunikud ja sai senati kinnituse kaks päeva enne Jeffersoni ametisse asumist. Peaaegu kõik nimetatud olid föderalistid.^{*67} Adams nimetas samuti 42 rahukohtunikku Columbia ja Alexandria ringkonda. Nimetamise korraldas Marshalli kontor ning kinnitas senat päev enne valitsemise üleminekut vabariiklaste kätte. Marshall oli endiselt riigisekretär, kuigi oli olnud juba peaaegu kuu aega riigi peakohtunik. Presidendiameti üle võtnud Jefferson andis uuele riigisekretärile, Ameerika Ühendriikide põhiseaduse ühele koostajale James Madisonile, kellest hiljem sai ühendriikide neljas president, korralduse peatada kohtunike teavitamine ametisse nimetamisest. See korraldus ajendas edukat Marylandi ärimeest ja poliitikut William Marbury esitama 21. detsembril 1801 ülemkohtule kaebuse, et sundida Madisoni saatma teade tema nimetamise kohta kohtunikuks.^{*68} Avalikkus jälgis suure huviga, kas föderalistidest koosnev kohus soovib piirata vabariiklaste täitevvõimu.

⁶⁰ Samas, lk 802.

⁶¹ Samas, lk 804–805.

⁶² A. de Tocqueville (viide 10), lk 87.

⁶³ G. S. Wood (viide 50), lk 789. Aastal 1914 ilmus Princetoni ülikooli kirjastuse väljaandel Edward Corwini raamat „The Doctrine of Judicial Review: Its Legal and Historical Basis and Other Essays“.

⁶⁴ William Treanor tõestas, et õigusaktide kohtulik kontroll oli juba enne *Marbury vs. Madisoni* otsust praktikas kasutusel, vt W. Treanor. *Judicial Review before Marbury*. – *Stanford Law Review* 2005, Vol. 58, No 2, lk 455–562.

⁶⁵ G. F. Hobson (viide 50), lk 812.

⁶⁶ Samas, lk 816.

⁶⁷ W. Van Alstyne. *A Critical Guide to Marbury v. Madison*. – *Duke Law Journal* 1969, Vol. 18, No 1, lk 4. DOI: <https://doi.org/10.2307/1371456>.

⁶⁸ Samas.

Selles kohtuasjas kirjutas peakohtunik Marshall oma kuulsa otsuse, mis sai tema kolme kohtunikust kolleegi, William Patersoni, Samuel Chase'i ja Bushrod Washingtoni heakskiidu.^{*69} Otsus oli tugev avaldus ülemkohtu staatuse kohta võrdse võimuharu peana. Otsus kinnitas, et kohtul on õigus tunnistada kongressi seadused konstitutsioonivastaseks, sest kohtul on konstitutsiooni tõlgendajana tähtis positsioon. Otsusele annab erilise kaalu asjaolu, et 1789. aastal jõustunud konstitutsioon ei näinud ette kohtulikku järelevalvet seaduste konstitutsioonile vastavuse üle. Järelevalve loodi kohtu pretsedendiga, mis tugineb järgmistele põhiargumentidele: a) konstitutsioon on seaduse suhtes ülimuslik; b) konstitutsiooniga vastuolus olev seadus on kehtetu; c) kui seadus on kehtetu, siis ei saa seda rakendada. *Marbury vs. Madisoni* otsuse tähtsus väljendus tollal selles, et esimest korda arutles Ameerika Ühendriikide Ülemkohus seaduste konstitutsioonile vastavuse kohtuliku kontrolli üle, ning nagu on märkinud professor Troper: see sisaldab peaaegu kõiki neid argumente, mida on esitatud põhiseaduslikkuse järelevalve kasuks.^{*70}

Kohtu pädevust kontrollida seaduste vastavust konstitutsioonile tunnistati 1918. aastaks ühe erandiga (Rhode Island) kõigis osariikides, kuid poliitiliste institutsioonide formeerumise ajal aastatel 1789 kuni 1861 rakendati kohtulikku kontrolli harva ja suure ettevaatlikkusega. Kohtuliku kontrolli uus ajastu algas pärast kodusõda (1861–1865), mida mõjutasid ka põhiseadusse lisatud 13., 14. ja 15. täiendus. Nende täienduste ning muutuste tõttu majanduselus muutus oluliselt föderaalkohtute jurisdiktsioon osariikide seaduste üle.^{*71}

Põhiseaduse kohtuliku järelevalve teket Ameerika Ühendriikides on osaliselt seostatud riigi föderatiivse iseloomuga, kuid nähtavasti mõjutas järelevalve teket samuti põhiõiguste sõnastamine põhiseaduses. Virginia oli esimene osariik, mis võttis 1776. aastal vastu põhiseaduse, kus oli deklaratsioon inimese õigustest. Föderaalsel tasandil 1791. aastal vastu võetud õiguste deklaratsioon lisas Ameerika Ühendriikide põhiseadusesse kümme esimest täiendust. Õiguste sõnastusi mõjutasid Inglise allikad: „Magna Carta“ (1215), õiguste petitioon (*Petition of Rights*, 1628), „Habeas Corpus Act“ (1679) ja õiguste deklaratsioon (1689). Inglise põhiõiguste kontseptsioon erines aga oluliselt Ameerika Ühendriikide kontseptsioonist. Inglise õigus, mis ei tunnistanud loomuõigusi, andis subjektidele kinnitusi kollektiivsete ja individuaalsete õiguste kohta, et luua tulevaste seaduste jaoks printsiipe. Parlament oli kõikvõimas ning tema seadused olid ühesuguse väärtusega. Parlamendi suveräänsuse põhimõte Inglismaal väljendus eelkõige täitevvõimule piirangute seadmises. Parlamenti peeti õiguste kandjate esindajaks, põhiõiguste kaitsevalliks. Ameerikas kogeti parlamenti pigem ohuna põhiõigustele kui nende kaitsjana. Seepärast Ameerika konstitutsioonid sisaldasid ettekirjutusi, mis seisavad kõrgemal kui tavaline seadus. Kui kohtunik jõuab veendumusele, et seadus rikub põhiõigust, siis peab ta keelduma selle seaduse rakendamisest.

19. sajandi keskel võttis Alexis de Tocqueville Ameerika konstitutsionalismi kokku järgmiselt: „Ameerikas juhib konstitutsioon nii seadusandjaid kui lihtkodanikke. Ta on seega esmane seadus, mida ei saa teiste seaduste abil muuta. Järelikult on igati õiglane, et kohtud alluvad eeskätt konstitutsioonile ja alles seejärel kõigile muudele seadustele. See on kooskõlas kohtuvõimu põhilise olemusega: kohtunikul peab olema teatav loomulik õigus valida kõikvõimalike seadustatud kohustuste hulgast nimelt see, mis teda kõige enam seob.“^{*72}

Marbury otsus kujundas põhiseaduslikkuse järelevalve mudeli, mille järgi on iga kohus pädev kontrollima seaduse vastavust põhiseadusele, kui seaduse põhiseaduspärasus on otsustava tähtsusega asja lahendamiseks. Otsus on seejuures siduv vaid kohtuvaidluse pooltele. Ameerika Ühendriikide kohtute järelevalvet iseloomustab detsentraliseeritud, konkreetne, *inter partes* kontrolliskeem. *Inter omnes* mõju tagab kohtute hierarhia koostoimes *stare decisis*'e doktriiniga. See doktriin nõuab, et madalama astme kohtud peavad järgima kõrgema kohtu pretsedenti. *Inter partes* otsus muutub praktikas *inter omnes* otsuseks, kui riigi kõrgem kohus on asja otsustanud.

⁶⁹ Kohtunikud William Cushing ja Alfred Moore ei saanud haiguse tõttu osaleda kohtuistungil või otsuse ettevalmistamisel.

⁷⁰ A. Troper. Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy. – International Journal of Constitutional Law 2005, Vol. 3, No 1, lk 24. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moi002>.

⁷¹ F. R. Aumann. The Doctrine of Judicial Review. – Kentucky Law Review 1932, Vol. 20, No 3, lk 283–284.

⁷² A. de Tocqueville (viide 10), lk 84.

III. Miks Prantsusmaa ei järginud Ameerika Ühendriikide eeskuju?

Revolutsioonilised sündmused Ameerika Ühendriikides ja Prantsusmaal toimusid ajaliselt lähestikku. Ameerika iseseisvusdeklaratsioon võeti vastu 2. juulil 1776. Esimese osariigina ratifitseeris konstitutsiooni New Hampshire 5. jaanuaril 1776. Samal aastal võttis põhiseaduse vastu Virginia, mille konstitutsioon sisaldas ka põhiõiguste kataloogi. Ameerika Ühendriikide põhiseadus loodi 1787. aastal ning see jõustus 4. märtsil 1789. Õiguste deklaratsioon pärineb aastast 1791.

Prantsuse inimese ja kodaniku õiguste deklaratsioon võeti vastu 1789. aasta augustis, esimene põhiseadus 1791. Esimese vabariigi teine põhiseadus võeti vastu kaks aastat hiljem, 1793. aastal ning 1795. aastal veel kolmaski.

Prantsuse inimese ja kodaniku õiguste deklaratsioonil on tugevad Ameerika Ühendriikide mõjutused. Deklaratsiooni koostamise algatas rahvussamblees markii de La Fayette, Prantsuse aristokraat, kes osales kindralina Ameerika iseseisvussõjas. Tema koostas ka esialgse deklaratsiooni kava. Jellinek on väitnud, et kava eeskujuks oli Virginia põhiseadus ning teised Ameerika osariikide konstitutsioonid.^{*73}

Sündmuste ajaline lähedus Ameerika Ühendriikides ja Prantsusmaal ei viinud neid riike ühesuguse riikliku korralduseni. Tõenäoliselt ei saanudki viia, sest riigid erinesid mitmes aspektis. Revolutsioon Ameerikas ei toimunud selleks, et muuta ühiskondlikku korda. Ameerikas polnud feodaalsüsteemi ega seisuste barjääre, kuigi eksisteeris orjamajandus. Ameerika revolutsiooni eesmärgiks oli kaitsta ühiskondlikku korda emamaa võimude eest. Prantsusmaal valitses range absolutism. Erinevalt Ameerika iseseisvusdeklaratsioonist oli Prantsuse revolutsiooni eesmärgiks kõrvaldada seisustel põhinev vana kord (*ancien régime*). Selleks tuli muuta feodaalset ning kanoonilist õiguskorda. Põhiõigused Ameerika riikide konstitutsioonides täitsid negatiivset funktsiooni: hoida ära riigi sekkumine vabadustesse. Prantsuse 1789. aasta inimese ja kodaniku õiguste deklaratsioon (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*) täitis aga ülesannet luua alus õigussüsteemi muutusteks.^{*74} Deklaratsioonis sõnastatud vabadusi ei mõistatud kui õigusi, mida saab kohtus maksma panna, vaid pigem kui demokraatlikku seadusandjat siduvaid poliitilisi eesmärke.

Mõlema revolutsiooni tulemusena jõustati konstitutsioon. Kui Ameerika Ühendriigid säilitasid konstitutsionalismi suhteliselt sirgjoonelise arengu – 1789. aasta põhiseadus on seniajani jõus –, siis Prantsuse konstitutsionalismi areng oli heitlik. Prantsuse konstitutsioonid 18. ja 19. sajandil tegid kahel korral panuse konstitutsioonilisele monarhiale (1791 ja 1814), kahel korral vabariigile (1793 ja 1848) ning kahel korral impeeriumile (1804 ja 1852). Prantsusmaa revolutsioonialalugu näitab, et revolutsionäärid olid võimelised vabastama end vanast poliitilisest korrast, kuid olid võimetud looma stabiilset põhiseaduslikku korda. Prantsuse põhiseaduslikku ajalugu alates 1789. aasta revolutsioonist kuni kolmanda vabariigi kindlustamiseni võib kirjeldada võitlusena kahe jõu vahel, millest üks andis ülemvõimu parlamendile, teine aga täitevvõimule.

Ometi mängisid vana korra (*ancien régime*) kohtud, mida Prantsusmaal nimetati *parlement*'deks, revolutsiooni vallandanud sündmuste ahelas märkimisväärset osa. Seda paradoksaalselt just õigusaktide kohtuliku kontrolli toimetades. *Parlements* panid oma võimu maksma suveräänide akte kontrollides ning keeldusid neid rakendamast, kui need *parlement*'de arvates olid kokkusobimatud kuningriigi alusseadustega. Seda vahendit kasutades eeldasid *parlements* endal olevat kohtuliku kontrolli pädevus, mis tugines keskaegsele alusseaduste mõistele. Kohtunikud pidasid ennast vanade alusseaduste kaitsjaks, seades õiguspärase valitsemise kuningliku tahte meelevaldsuse vastu.^{*75} Pariisi *parlement* oma 1763. aasta protestis maksumeetmete vastu eristas kuninga määrusi (*ordonnances des rois*) ja kuningriigi määrusi (*ordonnances du Royaume*) ning kinnitas oma õigust kontrollida, kas esimesed vastavad teisele. Kuningriigi määrused öeldi olevat puutumatud selles mõttes, et kuninga valitsus oli nendega seotud, sest kuninga autoriteet toetus neile, enamasti kirjutamata alusseadustele. See vahetegu lõi kohtutele ruumi kontrollida kuninglike aktide vastavust riigi ja ühiskonna aluspõhimõtetele.^{*76} Kohtunikuamet oli päritav, seda võis

⁷³ G. Jellinek. The Declaration of the Rights of Man and Citizens. A Constitution to Modern Constitutional History. World Library Classics 2009, lk 16–17.

⁷⁴ D. Grimm. Constitutionalism. Past, Present, and Future. Oxford University Press 2016, lk 13. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198766124.001.0001>.

⁷⁵ R. Kubben. L'Abbé de Sieyès: national Representation and Constitutions. – Constitutions and Classics. Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham. Ed. by D. J. Galligan. Oxford University Press 2014, lk 294. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198714989.003.0013>.

⁷⁶ Samas.

müüa ja osta ning kohtuniku töö maksis kinni kohtusse pöörduja. Kohtunike staatus, haridus, isiklik, perekonna- ja klassihuvi kombineerituna määrasid nende konservatiivsuse ning feodaalühiskonna mõttelaadi. Pisimatki liberaalset uuendust pidasid nad sobimatuks.^{*77} *Parlements'* kohtunikel oli reputatsioon, et nad sekkuvad liigselt riigiorganite tegevusse, on vastu liberaalsetele reformidele ning ka revolutsioonilistele muudatustele, mistõttu tegi giljotiin jakobiinide diktatuuri ajal nende hulgas laastava töö.^{*78} Üks tuntumaid kohtunikke, tõsi küll muudel põhjustel, oli Charles-Louis de Secondat, kohtunike perekonna võsu, kes 27-aastasena sai oma surnud onult päranduseks kohtunikuameti Bordeaux *parlement's* ning nime Montesquieu. Rahva tundeid *parlements'* vastu peegeldab varjatud kujul tema kuulsaim, 1748. aastal avaldatud töö „Seaduste vaim“ („De l'Esprit des lois“).^{*79}

Parlement osutas alusseadustele ka 1788. aastal, et takistada valitsuse reformi, mis tõukas valitsust kokku kutsuma generaalseadid. Generaalseadide esimese koosoleku ootuses tehtud üleskutse kehtestada Ameerika eeskujul kirjalik konstitutsioon muutus avaliku arvamuse juhtideeks.^{*80}

Järgnenud revolutsioonilised riigiõiguslikud deklaratsioonid ja ümberkorraldused, eelkõige inimese ja kodaniku õiguste deklaratsioon^{*81} ning 1791. aasta põhiseadus, tuginesid osaliselt Ameerika Ühendriikide praktikale ja põhiseadustele, kuid prantslastel oli omast käest võtta eesrindlikud teoreetilised mõtted, mille tuntumad esitajad olid parun Montesquieu (1689–1755), Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) ning Emmanuel Joseph Sieyès (tuntud ka kui abee Sieyès, 1748–1836). Vähesed vana korra intellektuaalid said oma vaa-teid realiseerida aktiivse tegevuse kaudu poliitikas. Abee Sieyès sai. Tema pisitrukis „Mis on kolmas seisus?“ („Qu'est-ce que le tiers état?“) kuulub Prantsuse revolutsiooni klassikasse. Tema töö oli suunatud monarhia ja aadlike vastu. Vaidlustes generaalseadide organiseerimise üle samastas ta kolmanda seisuse Prantsuse rahvaga ja kinnitas, et vaid rahval on õigus koostada konstitutsiooni. Ta oli seotud ka 1791. aasta põhiseaduse koostamisega. Rousseau poliitiline filosoofia, eriti tema töö „Ühiskondlikust lepingust“ („Du Contrat Social“)^{*82}, mis nägi trükiavaldust 1762. aastal, mõjutas tugevasti nii Prantsuse kui ka Ameerika revolutsiooni.

Läänemaailmas on võimude jaotuse idee ning koos sellega vabaduse juhtmõte riigi kontseptsioonid kesksel kohal. See on Montesquieu peamine panus poliitilise filosoofiasse, sõltumata sellest, milline on idee mõju eri konstitutsioonilistele süsteemidele. Samas on õpetlased kogenud, et tema põhitöö „Seaduste vaimust“ ei hiilga selge ülesehituse ning tekstiga, mistõttu võimaldab erinevaid tõlgendusi.^{*83} Montesquieu tegi kindlaks kolm võimu, mis vastavad ligikaudu neile võimudele, millest räägime tänapäeval. „Igas riigis on kolme liiki võimu: seadusandlik võim, täidesaatev võim asjades, mis olenevad rahvusvahelisest õigusest, ja täidesaatev võim asjades, mis olenevad tsiviilõigusest. Esimese abil teeb monarh või valitsuskogu seadusi teatavaks ajaks või alatiseks ning parandab või tühistab juba tehtuid. Teise abil kuulutab ta rahu ja sõda, lähetaab või võtab vastu saadikuid, kindlustab julgeolekut, ennetab vägivaldseid sissetunge. Kolmanda abil karistab kuritegusid või mõistab kohut eraisikute tülküsimustes. Seda viimast nimetatakse kohtuvõimuks ja teist lihtsalt täidesaatevaks võimuks.“^{*84} Riklini järgi Montesquieu, vastandina Sieyèsile ja Kantile, ei soovitanud ranget võimude lahusust (*séparation des pouvoirs*), vaid mõõdukat võimude jaotust (*distribution des pouvoirs*) – segu võimude jaotusest ja vastastikusest seotusest.^{*85} Võimude jaotuse eesmärgiks pidi olema üksteise kontrollimine ehk nagu väljendas Montesquieu: „Le pouvoir arrête le pouvoir.“^{*86} Montesquieu kaitstud võimude paindliku jaotuse doktriin oli aluseks kontrolli ja tasakaalustamise (*checks and balances*) doktriinile, mis muutus oluliseks riigiõiguslikuks põhimõtteks Ameerika Ühendriikides

⁷⁷ M. Cappelletti. Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice. – Catholic University Law Review 1986, Vol. 35, No 1, lk 11. Arvutivõrgus: <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol35/iss1/3>.

⁷⁸ M. Cappelletti (viide 45), lk 1025–1026.

⁷⁹ Töö on osaliselt tõlgitud eesti keelde, vt C. de Montesquieu. Seadustest, mis kujundavad poliitilist vabadust seoses konstitutsiooniga. Tõlk. H. Sarv. – Akadeemia 1990, nr 3, lk 565–580.

⁸⁰ R. Kubben (viide 75), lk 295.

⁸¹ J. Adamsi tõlge koos saatesõnaga arvutivõrgus: <https://www.humanrightsestonia.ee/esimene-inimese-ja-kodanikuõiguste-deklaratsioon/>. Vt samuti H. Hattenhauer. Euroopa õiguse ajalugu. Tõlk. M. Luts-Sootak jt. Juura 2007, lk 572–580.

⁸² Eesti keeles 1998. aastal sarjas „Avatud Eesti raamat“. Tõlk. M. Lepikult.

⁸³ G. Grottanelli de' Santi. Montesquieu. – Constitutions and Classics. Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham. Ed. by D. J. Galligan. Oxford University Press 2014, lk 252. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198714989.003.0011>.

⁸⁴ C. de Montesquieu (viide 79), lk 568.

⁸⁵ A. Riklin. What Montesquieu Could not Have Known Yet. Reflections on a revision of the separation of powers theory. – Ancilla Juris (anci.ch), 11.06.2006, lk 20. Arvutivõrgus: https://www.anci.ch/articles/ancilla2006_20_riklin.pdf.

⁸⁶ „Võim peatab võimu.“

18. sajandi lõpus ja 19. sajandi alguses.^{*87} Võimude paindliku jaotuse tõttu võis seadusandlik võim kontrollida, kas vastuvõetud seadused on korralikult rakendatud, ning monarhil oli seadusandlik funktsioon seaduse tagasilükkamise kujul. Kohtuvõimu kohta kirjutab Montesquieu „Seaduse vaimu“ XI raamatu 6. jaos, mis kandis pealkirja „Inglismaa konstitutsioonist“, et pole vabadust, kui kohtuvõim pole eraldatud seadusandlikust ning täitevvõimust.^{*88} Sellegipoolest pole kohtute roll Montesquieu teoorias selge. Sageli tsiteeritakse kahte Montesquieu avaldust, et kohtunikud on vaid suu, mis räägib seaduse sõnu (*bouches de la loi*), ning et nad on mehhaanilise õigusemõistmise näidis (*l'organe, en quelque façon machinal de loi*), mis üksnes kohaldab abstraktse reegli konkreetsele asjale.^{*89} Osa teadlasi ei pea sellist tõlgendust põhjendatuks, eriti kui arvestada, kui suurt tähelepanu pälvis Montesquieu töös Inglise riigikorralduse mudel ning indiviidi vabaduse tähtsustamine.^{*90} Väidetakse, et Montesquieu kujutus kohtunikust kui seaduse suust ei osuta mehhaanilisele kohtumõistmisele, vaid vastupidi, kohtu sõltumatusele teistest võimuharudest.^{*91} Sellegipoolest domineeris Prantsuse revolutsiooni ajal arvamus, et kohtuvõimu ülesandeks on õiguse või avaliku tahte kohaldamine spetsiifilistele faktidele, mis pole midagi muud kui seaduse täitmine.^{*92} Kohtunik edastab seadusandja tahte just selliselt nagu see on seaduses määratud. Selline arusaam domineeris Prantsusmaal aastaid.^{*93} Prantsuse autorid on arvamisel, et 1791. aasta põhiseaduse loojad olid küll mõjutatud Montesquieu võimude jaotuse ideest, kuid lähtusid võimude absoluutse lahuse tõlgendusest, mille järgi lähtutakse rangest, ilma eranditeta spetsialiseerumisest ja sõltumatusest.^{*94}

Möllers tõdeb, et konstitueerivaks rahvusassambleeks muutunud kolmanda seisuse positsiooni revolutsiooniline parandamine avas tee rahva suveräänsuse põhimõttele, nagu seda nägi ette Rousseau ning institutsionaliseeris Sieyès.^{*95} Kohtud ei mänginud Rousseau „Ühiskondliku lepingu“ mõtisklustes riigi institutsionaalse korra kohta mingit rolli. Rousseau järgi üldine tahe (*volonté générale*) juhib riiki kooskõlas eesmärgiga, milleks on üldine heaolu. Üldist taht väljendab üldine ja abstraktne seadus. Vabaduse kontseptsiooni järgi demokraatlik riigivõim ei tekita ohtu individuaalsetele vabadustele – arusaam, mida ei jagatud teisel pool ookeani. Rousseaul on seadusandja kõikide vabaduste, ka individuaalsete vabaduste allikas.^{*96} Prantsuse revolutsiooni üheks tagajärjeks oli seaduste ja haldusaktide kohtuliku kontrolli keelamine 1790. aasta seadusega. See keeld võeti ka 1791. aasta konstitutsiooni. Keeld tulenes soovist eraldada poliitiline funktsioon (seadusandlus) juriidilisest funktsioonist (vaidluste lahendamine) ning kindlustada sellega seaduste ülimuslikkus õigussüsteemis. Oma osa mängis ka revolutsiooni usaldamatus vana korra aegsete ja feodaalseid eesõigusi kaitsvate kohtute vastu. Mauro Cappelletti tõdes, et Prantsuse revolutsiooni seadused, kuigi soovisid inimesi kaitsta tširannia eest, jätsid ukse avatuks nii seadusandja kui ka täitevvõimu tširanniale.

Prantsuse revolutsiooni teoreetikut praktik Sieyès eristas positiivset seadust (*lois positives*) ja konstitutsioonilist seadust (*lois constitutionnelles*). Valitsuse jaoks on konstitutsiooniline seadus rikkumatu seadus. 1795. aastal soovitas ta luua uue institutsiooni, kuhu tema kava järgi kohtunikud ei pidanud kuuluma, kuid millel pidi olema pädevus kontrollida seadusi ja valitsuse akte ning tunnistada need kehtetuks, kui need on vastuolus konstitutsiooniga. Tema ettepanek lükati 1795. aastal tagasi, kuid võeti vastu 1799. Sieyès'ist sai ka *collège des conservateurs*'iks kutsutud institutsiooni esimene president.^{*97} *Collège des conservateurs* ei kujunenud siiski põhiseaduslikkuse järelevalve institutsiooniks. Seetõttu tuleb nõustuda hinnanguga, et seaduse puutumatus dogma (*la intangibilité de la loi*) koos müüdiga kohtunikust kui „süllogismimasinast“ kindlustus Prantsusmaal 19. sajandi jooksul.^{*98}

⁸⁷ G. Grottanelli de' Santi (viide 83), lk 259.

⁸⁸ C. de Montesquieu (viide 79), lk 569.

⁸⁹ L. van den Berge. Montesquieu and Judicial Review of Proportionality in Administrative Law: Rethinking the Separation of Powers in the Neoliberal Era. – European Journal of Legal Studies 2017, Vol. 10, No 1, lk 205.

⁹⁰ C. Möllers. The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers. Oxford University Press 2013, lk 18. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199602117.003.0002>.

⁹¹ L. van den Berge (viide 89), lk 210.

⁹² M. Troper. The Judicial Power and Democracy. – European Journal of Legal Studies 2007, Vol. 1, No 2, lk 5.

⁹³ G. Grottanelli de' Santi (viide 83), lk 260.

⁹⁴ M. Troper. Séparation des pouvoirs. – Dictionnaire Montesquieu. Dir. C. Volpillac-Auger. Lyon: ENS Éditions 2013, p 12–13. Arvutivõrgus: <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376427308/fr/>.

⁹⁵ C. Möllers (viide 90), lk 19.

⁹⁶ Samas, lk 20.

⁹⁷ R. Kubben (viide 75), lk 302.

⁹⁸ F. Fabbrini. Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of *A Posteriori* Constitutional Review of Legislation. – German Law Journal 2008, Vol. 9, No 10, lk 1302.

Alles Prantsusmaa 1958. aasta põhiseaduse loojad nägid ette institutsiooni, millel oli põhiseaduslikkuse kontrolli pädevus *a priori*. Konstitutsiooninõukogu (*Conseil constitutionnel*) võis pärast seaduse vastuvõtmist, kuid enne väljakuulutamist presidendi, peaministri, rahvussamblee presidendi, senati presidendi, 60 saadiku või 60 senaatori taotlusel uurida seaduse põhiseadusele vastavust. Aastate jooksul konstitutsiooninõukogu laiendas oma pädevust. Kohtulik *coup d'état* toimus 1971. aasta otsusega *Liberté d'association* asjas^{*99}, milles konstitutsiooninõukogu inkorporeeris 1958. aasta põhiseaduse preambuli põhiseaduslikkuse järelevalve võrdlusnormide hulka (*bloc de constitutionnalité*), mida arvestatakse kohtuliku järelevalve tegemisel. Preambulis kinnitatakse Prantsuse rahva ustavust 1789. aasta inimese ja kodaniku õiguste deklaratsioonile. 1971. aasta otsus muutis konstitutsiooninõukogu põhiõigusi kaitsvaks institutsiooniks. Põhiseadusesse 2008. aastal lisatud täiendus (art 61-1) andis konstitutsiooninõukogule *a posteriori* kontrolli pädevuse. Seejuures kasutatakse kahekordset filtrit.^{*100} Kui madalama astme kohus seisab silmitsi põhiseadusliku küsimusega, võib ta teha ettepaneku kassatsioonikohtule (*Cour de cassation*) või riiginõukogule (*Conseil d'État*) saata küsimus konstitutsiooninõukogusse. Need kohtud otsustavad, kas asi väärib saatmist konstitutsiooninõukogusse. Põhiseaduslikkuse *a posteriori* järelevalve loomine oli tähis riigi õigusajaloos, sest traditsiooniliselt oli Prantsusmaa olnud vaenulik kohtuliku kontrolli ja parlamendi suveräänsuse piiramise suhtes.^{*101}

IV. Mis toimus Saksamaal 19. sajandil ning 20. sajandi aluses?

19. sajandi alguses oli Saksamaa veel valdavalt geograafiline mõiste. Püha Rooma riigi järeltulijaks sai Saksa Liit (*Deutscher Bund*). See oli Viini kongressil 1814–1815 loodud 35 riigi ja 4 vabalinna lõtv liit, mille ain-saks ühisorganiks oli liidupäev (*Bundestag*) Austria keisri eesistumisel, kusjuures suurriigid Preisimaa ja Austria ei saanud häälte jaotuse tõttu kumbki oma tahet peale suruda. Saksa Liit oli rahvusprintsipi eitus, katse korraldada Saksamaad mitte kui terviklikku riiki Euroopa keskmes, vaid kui Euroopa huvide tasakaalustamise välja.^{*102} Pärast mitu aastat kestnud vabadusliikumise puhanguid pöörati Austria ja Preisimaa tagasi absolutismi.^{*103} Siiski olid mõned väiksemad riigid kärmed vastu võtma demokraatlikku põhiseadust. Baierimaa tegi seda 1818. aastal, samal aastal ka Baden, aasta hiljem Württemberg.^{*104} Need põhiseadused sisaldasid esimest korda tagatisi kohtunike sõltumatuse kohta. Kuid kohtunikud jäid ametnikeks, täidesaatva võimu osaks. Kohtumõistmine oli ainuvalitseja igivana õigus ning see privileeg säilitati. Selline olukord sobis kokku absolutismi traditsiooniga, kus kohtunikud olid suverääni teenijad.^{*105}

1848. aastal tuhises üle Euroopa järjekordne revolutsioonilaine. Prantsusmaal kuulutati 24. veebruaril välja teine vabariik, mille eluiga oli küll vaid pisut üle nelja aasta. Austria kantsler vürst Klemens von Metternich, Euroopa riikide uue korralduse arhitekt, pages Inglismaale ning Austria valitsus muutus teovõimeetuks. Preisimaal suudeti ülestõus summutada lubadusega kokku kutsuda Preisi rahvuskogu, mis pidi välja töötama Preisimaa uue põhiseaduse.^{*106}

18. mail 1848 tuli Frankfurdis Pauluse kirikus kokku Saksa rahvuskogu, et vastu võtta põhiseadus ja valida rahvuslik valitsus.^{*107} Sellel kogul tehti esimene katse anda kohtuliku kontrolli pädevus põhiseaduslikes küsimustes riigikohtule (*Reichsgericht*) ning sõnastada see pädevus põhiseaduses. Arutelu rahvuskogus oli selgelt mõjutatud Ameerika konstitutsionalismist.^{*108} See kohus pidi esmajoonel lahendama

⁹⁹ Conseil constitutionnel, décision 71-44 DC, 16.07.1971.

¹⁰⁰ F. Fabbrini (viide 98), lk 1306.

¹⁰¹ Samas, lk 1307.

¹⁰² H. Schulze. Saksa ajalugu. Valgus 2005, lk 93–96.

¹⁰³ Samas, lk 97.

¹⁰⁴ H. Hattenhauer (viide 81), lk 612.

¹⁰⁵ M. Stolleis. Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic. – Ratio Juris 2003, Vol. 16, No 2, lk 268. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00236>. – Absolutismi kohta põhjalikumalt vt H. Hattenhauer (viide 81), lk 403–467.

¹⁰⁶ H. Schulze (viide 102), lk 108.

¹⁰⁷ H. Hattenhauer (viide 81), lk 653–657, 667–670.

¹⁰⁸ W. Hoffmann-Riem. Two Hundred Years of *Marbury v. Madison*: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and Europe. – German Law Journal 2004, Vol. 5, No 6, lk 694. DOI: <https://doi.org/10.1017/s2071832200012797>.

liitriigi osade vahelisi vaidlusi, kuid tema pädevuses pidi olema ka seaduste põhiseadusele vastavuse kontroll. 1849. aasta põhiseadus sisaldas ka põhiõigusi, mis peegeldasid valgustusajastu loomuslikku inimesekäsitlust. Põhiseadus võeti vastu ning moodustati ka ajutine valitsus. Paraku oli Frankfurdi parlament ilma jõu ja võimuta. Nurjus katse luua moodsat tsentraliseeritud Saksa riiki, mis põhineks rahva suveräänsusel ja inimõigustel.

Ajaloolase Hagen Schulze värvika iseloomustuse järgi sündis Saksa keisririik (*Deutsches Reich*) 1871. aastal Prantsusmaa lahinguväljadel. Selle riigi alused – vürstide liit, Preisi relvad ja rahvalt saadud mandaat – peegeldasid ka põhiseaduses.^{*109} Preisi kuningas Wilhelm I kuulutati Versailles' lossis Saksa keisrriiks. Saksa keisririigi 1871. aasta põhiseadus ei näinud ette põhiseaduskohtu loomist, ei andnud kohtunikele õigust teostada õigusaktide kohtulikku kontrolli ega sisaldanud ka loetelu põhiõigustest.

Siinkohal tuleb selgitada, et Saksa õigusteadlased eristavad traditsiooniliselt põhiseaduslikkuse järelevalvet (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) ja kohtulikku kontrolliõigust (*richterliches Prüfungsrecht*). Kohtulik kontrolliõigus tähendab kohtuniku õigust otsustada seaduse vastavuse üle põhiseadusele. Põhiseaduslikkuse järelevalve eelnes kohtulikule kontrolliõigusele ning oli seotud Saksa monarhistliku konstitutsionalismi traditsiooniga. Perioodil 1815–1918 keerles Saksa riigiõiguslik mõtte riigi ja suveräänsuse kontseptsiooni ümber. Põhiseaduslikkuse järelevalve pakkus mehhanismi liitu moodustavate suveräänsete riikide õiguste defineerimiseks ja nende suhete kindlaksmääramiseks liiduga.^{*110} Kohtulik kontrolliõigus oli seotud Saksa vabariikliku traditsiooniga, mis algas Frankfurdi põhiseadusest ja jätkus Weimari vabariigi 1919. aasta põhiseadusega.

Kohtuliku kontrolliõiguse doktriin, erinevalt põhiseaduslikkuse järelevalvest, oli Saksamaal kohtuvõimu teooriale võõras. Juristide arutlusteemade hulka kohtulik kontroll siiski kerkis. 1860. aastal publitseeris Robert von Mohl olulise uurimuse kohtuliku kontrolliõiguse kaitseks.^{*111} Enamik 1863. aastal Saksa Juristide Ühingu koosolekul osalejatest, kelle eestkõnelejaks oli Rudolf von Jhering, kiitis heaks kohtuliku kontrolli selle üle, et seadused ja määrused oleksid vastu võetud põhiseaduse kohaselt.^{*112} Kuigi õpetlased küsimust arutasid, ei läinud nad kaugemale ideest, et kohtunik võib kontrollida üksnes seaduse formaalset kehtivust. Kohtunik pidi nõustuma seaduse sisu kui riigi tahte väljendusega.^{*113}

Kohtuliku kontrolli juurutamise leigust Saksamaal võib Wolfgang Hoffmann-Riemi arvates selgitada monarhi suveräänsuse ja rahva suveräänsuse põhiseadusliku dualismiga, mis välistas neutraalse kõrgema astme institutsiooni tunnustamise. Seadusandlik protsess oli koht, kus konfliktid kahe suverääni vahel lahendati poliitiliste kompromissidega. Tulemus ei tohtinud olla kolmanda institutsiooni sekkumise objektiks.^{*114} Pealegi polnud veel heakskiitu leidnud idee, et indiviididel on põhiõigused, mida nad saavad teostada.

1918. aasta revolutsioon ja uus 1919. aasta põhiseadus muutsid õigussüsteemi radikaalselt. 1918. aasta 9. novembril loobus keiser Wilhelm II troonist ning Badeni prints Maximilian kantsleriametist. Viimane nimetas oma järeltulijaks Saksa Demokraatliku Partei juhi Friedrich Ebersti, kellest sai ka Weimari vabariigi esimene president. Konstitutsiooniline monarhia asendati vabariigiga ja monarhia põhimõtte demokraatliku suveräänsusega. Põhiseaduslik kogu tuli kokku Goethe ja Schilleri linnas Weimaris 1919. aastal. Monarhia muutus ajalooks ning koos sellega Bismarcki 1871. aasta põhiseadus. Weimari põhiseaduse kirjutas peamiselt kokku liberaalne poliitik ja õigusteadlane Hugo Preuß.^{*115}

Kooskõlas Weimari põhiseaduse §-ga 108 loodi föderaalne kohtukoda (*Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*) ja föderaalne ülemkohus (*Reichsgericht*). Esimene neist oli mõeldud lahendama poliitilisi küsimusi. Tema pädevusse kuulusid põhiseaduslikud vaidlused Saksa riigi (*Reich*) ja liidumaade (*Land*) või üksikute liidumaade vahel. Põhiseaduse § 13 lõige 2 sätestas, et liidu seadused on ülimuslikud nendega vastuolus olevate liidumaade seaduste suhtes. Kuna alati pole vastuolu ilmselge, siis nähti selle

¹⁰⁹ H. Schulze (viide 102), lk 131.

¹¹⁰ D. P. Kommers, R. A. Miller. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed., revised and expanded. Duke University Press 2012, lk 4. DOI: <https://doi.org/10.1215/9780822395386>.

¹¹¹ R. von Mohl. *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*. Tübingen 1860.

¹¹² W. Hoffmann-Riem (viide 108), lk 694.

¹¹³ M. Stolleis (viide 105), lk 269.

¹¹⁴ W. Hoffmann-Riem (viide 108), lk 695.

¹¹⁵ B. J. Hartmann. *The Arrival of Judicial Review in Germany under the Weimar Constitution of 1919*. – *Brigham Young University Journal of Public Law* 2003, Vol. 18, No 1, lk 113. Arvutivõrgus: <https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol18/iss1/4>.

kontrollimiseks ette mehhanism, mille osaks oli *Staatsgerichtshof*. Seega lubati liidumaa seaduste kohtuliku kontrolli, mis oli tsentraalne abstraktne kontroll mõjuga *inter omnes*. *Reichsgericht* võis kontrollida üksnes seda, kas seaduse vastuvõtmisel oli järgitud menetlusreegleid. Liidu seaduste sisulise kohtuliku kontrolli jättis põhiseadus ebamääraseks, kuigi toimus elav arutelu, kas *Staatsgerichtshof* tuleks muuta laiemaks pädevusega põhiseaduskohtuks.^{*116} Vaid Baieri põhiseadus volitas kohtuid sõnaselgelt kontrollima nii liidumaa kui ka liidu seaduste põhiseadusele vastavust.

Arutelud kohtuliku kontrolli üle toimusid ka õigusteaduses. Saksa Riigiõigusteadlaste Ühingu koosolekul 1926. aastal argumenteeris positivismivastase koolkonna esindaja kohtuliku kontrolli poolt, õiguspositivistide esindaja oli vastupidisel arvamusel. Poliitilistelt vaadetelt liberaalne õpetlane Gerhard Anschütz oli kontrolli vastu, konservatiivne monarhist Heinrich Triepel soovis kohtuliku kontrolli kõige mõjukam pooldaja.^{*117} Liberaalid lootsid põhiseadust kaitsta muude vahenditega, eelkõige presidendi vetoõigusega. Triepel veenis osavõtjaid, et parlamentaarses vabariigis on kohtulik kontroll kõige tähtsam, kui mitte ainus individuaalsete vabaduste kaitse vahend parlamendi muidu piiramatul võimul vastu.^{*118} Konstitutsionalistid avastasid ka põhiõigused. Alguses käsitati põhiõigusi poliitiliste deklaratsioonidena, nõuetena seadusandjale, millel pole õiguslikku sisu. Alles siis, kui inflatsioon ja poliitiline kriis 1923. aastal ähvardasid vabariiki ja kodanike omandit, hakati põhiõiguste väärtust tunnustama. Põhiõigused andsid vahendi sotsialistide ja äärmuslike seadusandjate vastu. Polnud juhus, et konservatiivsed juristid Heinrich Triepel ja Rudolf Smend panustasid põhiõigustele.^{*119}

Õigusteaduses jätkusid arutelud ka järgnenud aastatel. Üheks põhjuseks oli asjaolu, et kõrgelt arenenud konstitutsioonilise õigusemõistmise süsteem oli juba kasutusel Austrias, kus 1920. aasta põhiseadusega oli põhiseaduskohtule antud ulatuslik põhiseaduslikkuse järelevalve pädevus. Arutelud keskendusid sageli sellele, kas Saksamaa peaks üle võtma Austria lahenduse või järgima Ameerika Ühendriikide mudelit. 1928. aastal Saksa Avalik-õiguslaste Ühingu aastakoosolekul tunnistasid mõlemad põhiesinejad, Heinrich Triepel ja Hans Kelsen, vajadust põhiseaduskohtu järele. Kelseni ettekannet peetakse põhiseaduskohtu, millel on pädevus kontrollida parlamendi ja valitsuse õigusaktide põhiseadusele vastavust, klassikaliseks kaitsekõneks.^{*120} Kelseni tuntumaks oponendiks Saksa õigusteadlaste hulgas oli Carl Schmitt, kelle põhiargumenti järgi põhiseaduslik kohtulik järelevalve ületab kohtu legitiimseid võimupiire.

Sellal, kui õigusteadlased olid lootusetult lahkarvamusel, võttis ülemkohus Leipzigi (*Reichsgericht*) seisukoha. 1925. aasta 4. novembril tehtud otsuses nõustus kohus liidu seaduste kohtuliku kontrolli ideega. Ülemkohus kinnitas, et kuigi kohtunik on allutatud õigusele, ei välista see kohtuniku poolt seaduse või mõne selle sätte kehtivuse eitamist niivõrd, kui võrd seadus või selle sätte on vastuolus teise ettekirjutusega, millel on seaduse ees eelis ning mida kohtunik peab austama. Kohus võib jätta kohaldamata seaduse, mis on vastuolus *Reich*'i põhiseadusega. Ülemkohtu järgi tulenes kohtu pädevus ja kohustus kontrollida seaduse põhiseaduspärasust asjaolust, et põhiseadus ei sisaldanud sätteid, mille kohaselt pidi otsuse seaduse põhiseaduspärasuse kohta tegema mingi eriasutus. Ülemkohtu poolt tunnustatud kontroll oli sarnane *Marbury* mudeliga: deentraliseeritud konkreetne kontroll mõjuga *inter partes*. Carl Schmitti arvates oli see siiski piiratud mõjuga otsus, sest *Reichsgericht* ei soovinud kontrollida tavaseaduste vastavust põhiseaduse üldprintsipiidele. Kohus ei taotlenud üldist volitust kontrollida, kas seadus on kooskõlas põhiseaduse vaimuga ning austab üldisi printsiipe, nimelt põhiõigusi ja võimude lahusust.^{*121} Schmitti tõlgenduse järgi *Reichsgericht* tegelikult ei eitanud tavaseaduse maksvust. Kohus üksnes jättis tavaseaduse konkreetse asjas kohaldamata põhiseaduse kohaldamise tõttu.^{*122} *Reichsgericht* otsus leidis sellegipoolest vastukaja kõigis võimuharudes. Mõistes, et kohtulik kontroll on loodud, ning soovides vältida ebakõla eri kohtute vahel, esitas valitsus riigipäevale eelnõu. Selle järgi oleks *Staatsgerichtshof* saanud riigipäeva 1/3 liikmete ettepanekul õiguse kontrollida seadusi ja täitevvõimu akte, mille põhiseaduspärasus oli kahtluse all. Põhiseaduslik järelevalve kavandati tsentraliseeritud abstraktse normikontrollina ning mõjuga *inter omnes*.^{*123}

¹¹⁶ L. Vinx. *The Guardians of the Constitution*. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law. Cambridge University Press 2015, lk 6. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9781316136256.002>.

¹¹⁷ B. J. Hartmann (viide 115), lk 121–122.

¹¹⁸ Samas, lk 123.

¹¹⁹ M. Stolleis (viide 105), lk 233.

¹²⁰ L. Vinx (viide 116), lk 7.

¹²¹ C. Schmitt. *Der Hüter der Verfassung*. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot 1996, lk 17–18. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-48743-1>.

¹²² Samas, lk 15.

¹²³ B. J. Hartmann (viide 115), lk 126.

Seda eelnõu ei võetud kunagi vastu. Hitleri võimuaastatel kaotas parlament oma rolli ning seaduste kohtulik kontroll muutus asjakohatuks.

Saksa 1949. aasta põhiseadus reageeris jõuliselt riigi äsjasele minevikule. Alusideeks võeti põhimõte, et põhiseadus on kõrgeim seadus, mis seob kõiki võimuharusid. Põhiseaduskohtu loomine sõjajärgsel Saksa maal nõuab aga eraldi käsitlust, mida selle artikli maht ei võimalda.^{*124}

V. Põhiseaduslikkuse järelevalve Põhjamaades

Enne, kui jõuame uut tüüpi põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve loomiseni Austrias ja Hans Kelseni kui olulise asjaosalise juurde, teeme põike Põhjamaadesse. Tavapärastelt on levinud arvamus, et põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve loomisest Ameerikas kuni põhiseaduskohtu asutamiseni Austrias oli õigusaktide kohtulik kontroll Euroopas olematu. Küllap selgitab sellist väidet asjaolu, et uurijate pilgud on enamasti suunatud suurriikidele. Põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve sünnilugu poleks täielik, kui jätaksime kahe silma vahele Norra ja Islandi.

Norra teadlased väidavad, et riigi sõltumatus Taanist 1814. aastal loodi ühe kõige radikaalsema põhiseaduse kaudu.^{*125} See asutava kogu poolt 17. mail 1814 vastuvõetud põhiseadus, mis oli mõjutatud Briti poliitilisest traditsioonist, Ameerika Ühendriikide ja Prantsuse põhiseadustest, oli omas ajas üks liberaalsemaid ja demokraatlikumaid põhiseadusi maailmas. Norra 1814. aasta põhiseadus on jõus tänaseni, kuigi seda on enam kui 300 korral muudetud. See põhiseadus tunnustas võimude lahususe põhimõtet. Kuna Taani toetas Napoleoni tema sõdades, andsid Ühendkuningriik, Venemaa ja Austria Kieli lepinguga Norra Rootsile. Lõppes 434-aastane unioon Taaniga. Kuid Norra säilitas autonoomia ja oma põhiseaduse.

1860. aastatel toimusid Norras arutelud ja ilmusid kirjutised õigusaktide kohtuliku kontrolli kohta. Neis osutati sageli Ameerika Ühendriikide õigusele.^{*126} Õigusajaloolased on dokumenteerinud, et ülemkohus teostas sageli õigusaktide kohtulikku järelevalvet alates 1860. aastast ning valitsev arvamus tunnustas õigusaktide kohtulikku kontrolli alates ajast, kui Norra tunnustatud õigusteadlane Aschehoug sõnastas 1860. aastal oma kohtuliku kontrolli teooria.^{*127} Aschehoug innustus Ameerika õiguslikust mõttest ning keskendus õiguste kaitsele ja vajadusele piirata riigi võimu sarnaselt Ameerika Ühendriikide konstitutsiooniõiguse doktriiniga. Selge sõnaga tunnustas ülemkohus põhiseaduslikkuse kohtulikku kontrolli 1866. aastal,^{*128} kuid tegeliku kontrolli kohta on vaid mõned lahendid.

Põhiseaduslikkuse kohtulik kontroll oli tuntud ning kasutusel ka Islandil. Islandi esimene põhiseadus, mis tugines Taani 1849. aasta põhiseadusele, pärineb aastast 1874. Islandi kõrgem kohus otsustas 1877. aastal, et üks kuninglik dekreet on põhiseadusvastane. Esimene kohtuasi, mille arutamisel kõrgem kohus hindas seaduse vastavust põhiseadusele, pärineb 1900. aastast, kuid esimest korda tunnistas kohus seaduse põhiseadusvastaseks 1943. aastal.^{*129}

VI. Põhiseaduskohtu loomine Austrias ja õigusaktide kohtuliku kontrolli põhjendamine Hans Kelseni töödes

Nüüdisaegse põhiseaduskohtu loomist, mis koondas põhiseaduslikkuse järelevalve ühte, ülejäänud kohtusüsteemist eraldiseisvasse institutsiooni, seostatakse Austriaga ning sajandi juristi (20. sajandi) Hans Kelseni (1881–1973) tööde ja tegevusega. Põhiseadusliku õigusemõistmise teist, Ameerika Ühendriikidele vastanduvat mudelit on seepärast nimetatud Euroopa, vahel Austria või Kelseni mudeliks.

¹²⁴ Liidupõhiseaduskohtu loomisest huvitatule soovitan: M. Borowski. The Beginnings of Germany's Federal Constitutional Court. – Ratio Juris 2003, Vol. 16, No 2, lk 155–186. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00230>.

¹²⁵ A. Kierulf. Judicial Review in Norway. A Bicentennial Debate. Cambridge University Press 2018, lk 12.

¹²⁶ R. Helgadóttir. The Influence of American Theories on Judicial Review in Nordic Constitutional Law. Martinus Nijhoff Publishers 2006, lk 26.

¹²⁷ Samas, lk 29.

¹²⁸ A. Kierulf (viide 125), lk 13.

¹²⁹ R. Helgadóttir. Nonproblematic Judicial Review: A case study. – International Journal of Constitutional Law 2011, Vol. 9, No 2, lk 533.

Põhiseaduskohtu loomise nägi ette Austria põhiseadus, mis võeti vastu 1. oktoobril 1920. Tegelikult esimene põhiseadus, kus olid sätted põhiseaduskohtu kohta, oli Tšehhoslovakkia Vabariigi põhiseadus, mille vastuvõtmise ajaks on 2. veebruar 1920. Tšehhoslovakkia Vabariigi põhiseaduse projekti kirjutas Kelseni lähedane sõber František (Franz) Weyr. Ühe arvamuse järgi mõjutas just Kelsen Tšehhoslovakkia põhiseaduskohtu kujundamist.^{*130} Teise arvamuse järgi oli kohtu loomise taga Kelseni oponent Jiri Hoetzel.^{*131} Tõele lähemal näib olevat Olechowski, kelle arvates oli sõprusest enam põhjusi, miks Austrias ja Tšehhoslovakkias peaaegu üheaegselt loodi põhiseaduskohtud ja sellega koos põhiseaduslikkuse järelevalve, mis oluliselt erines Ameerika mudelist.^{*132} Juured viivad tagasi Habsburgide monarhia riigiõiguse juurde. Ühise mineviku ja intellektuaalse seotuse tõttu toimus areng kahes riigis paralleelselt. Paraku on põhiseaduslikkuse järelevalve kujunemine Tšehhoslovakkias, võib-olla ka Kelseni kuulsuse tõttu, saanud Austriast vähem tähelepanu. Kahe riigi erinevus seisnes selles, et Tšehhoslovakkia oli unitaarriik, kuna aga Austria kujundati liitriigiks. See asjaolu mõjutas ka põhiseaduskohtu pädevust.

Austria põhiseadusliku õigusemõistmise ja Kelseni õigusteooria vaheline side on ilmne. Oma tuntuimas, 1934. aastal ilmunud teoses „Puhas õigusõpetus“ („Reine Rechtslehre“)^{*133} kirjutab Kelsen:

„Õiguskord pole niisiis mitte ühel astmel üksteise kõrval asetsevate õigusnormide süsteem, vaid astmeline, erinevatest õigusnormide kihtidest moodustuv kord. Normide ühtsus tekib seosest, mis väljendub selles, et ühe normi loomine ja seega kehtivus pärineb mõnest teisest normist, mille loomist määratleb omakorda mõni teine norm – regress, mis ulatub viimaks alusnormini, hüpotettilise alusreegli ja seega kõrgeima kehtivusaluseni, mis rajab kogu loomisahela ühtsuse.

Kui me peame esmalt silmas vaid riiklikku õiguskorda, siis võib selle astmelist ülesehitust skeemaatiliseltsit esitada järgnevalt: alusnormi kehtivuse eeldamisel [...] moodustab positiivse õiguse kõrgeima astme materiaalselt mõistetud põhiseadus [...].“^{*134}

Kohus teenib selle teooria järgi kõrgema taseme normide ehk põhiseaduse valvurina. Tõe huvides tuleb lisada, et õiguskorra astmelise ülesehituse ideed oli juba 1918. aastal arendanud Kelseni õpilane Adolf Julius Merkl. Kelsen sidus õiguskorra astmelise ülesehituse teooria puhta õigusõpetuse muude teesidega.^{*135}

Põhiseadusliku õigusemõistmise (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) Austria mudeli teket mõjutasid poliitiline olukord, õiguspoliitiline traditsioon, mis ulatus tagasi Habsburgide aega, ning väljapaistvad juristid nagu Kelseni mentor Heidelbergis Georg Jellinek, Adolf Julius Merkl ja sotsiaaldemokraatliku partei poliitikud Karl Renner ja Otto Bauer.

1866. aastal lõppes Austria-Preisi sõda Austria jaoks katastroofina ning Austria oli sunnitud lahkuma Saksa Liidust. Austria kujundati Austria-Ungari konstitutsiooniliseks kaksikmonarhiaks. 1867. aastal loodi keiserlik kohus (*Reichsgerichtshof*), millel oli kolm peamist ülesannet: kaitsta kodanike poliitilisi õigusi, lahendada keskvoimu ja liidumaade konflikte ning valvata haldus- ja kohtuasutuste, samuti riigi ja regioonide haldusasutuste võimupiiride üle.^{*136}

1918. aastal varises Austria-Ungari kaksikmonarhia kokku. Rahvuskogu otsustas luua rahvusriigi, mille valitsuse etteotsa sai sotsiaaldemokraat Karl Renner. Ta oli ka Austria kantsler kolmes esimeses koalitsioonivalitsuses aastatel 1918–1920. Antant vetostas asutava kogu resolutsiooni, mille järgi oleks Saksa-Austria saanud Weimari vabariigi osaks. Saint-Germain-en-Laye lepinguga 10. septembrist 1919 tunnustati Ungari, Tšehhoslovakkia, Poola, Sloveenia, Horvaatia ja Serbia iseseisvust. Austriale jäid saksa keelt kõnelevad Doonau ja Alpi provintsid.

Karl Renner soovis muuta keiserliku kohtu tõeliseks põhiseaduskohtuks. Põhiseaduskohtu (*Verfassungsgerichtshof*) nimetus ei olnud Renneri väljamõeldis. Georg Jellinek oli 1885. aastal kirjutanud lühikeses essee pealkirjaga „Põhiseaduskohus Austria jaoks“. Jellinek pani ette kujundada keiserlik kohus ümber

¹³⁰ T. Tetzlaff. Kelsen's Concept of Constitutional Review Accord in Europe and Asia: The Grand Justices in Taiwan. – National Taiwan University Law Review 2006, Vol. 1, No 2, lk 77.

¹³¹ T. Olechowski. The Beginnings of Constitutional Justice in Europe. – Law and the Formation of Modern Europe: Perspectives from the Historical Sociology of Law. Cambridge University Press 2014, lk 82.

¹³² Samas.

¹³³ Eesti keeles: H. Kelsen. Puhas õigusõpetus. Sisese juhatus õigusteooria probleemistikku. Tõlk. H. Karmo. Tartu Ülikooli Kirjastus 2018.

¹³⁴ Samas, lk 68.

¹³⁵ T. Olechowski. Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl. – Reconsidering Constitutional Formation II Decisive Constitutional Normativity. Ed. by U. Müßig. Springer 2018, lk 354.

¹³⁶ S. Lagi. Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918–1929). – Revista Co-herencia 2012, Vol. 9, No 16, lk 275.

põhiseaduskohtuks, sest vaid nii saavat Habsburgide monarhia muutuda soliidseks konstitutsiooniliseks riigiks.^{*137} Renner läks sõnadelt üle tegudele 1918. aasta lõpul, kui ta kujundas keiserliku kohtu ümber põhiseaduskohtuks. Kelsen toetas seda ideed 1918. aasta detsembris koostatud memorandumis.^{*138} Sellel kohtul oli pädevus lahendada kompetentsivaidlusi ning kontrollida haldusaktide põhiseaduspärasust, kuid puudus seaduste kohtuliku järelevalve õigus. Kelsen märkis juba 1918. aastal, et on reaalne vajadus kohtu järele, mis oleks võimeline kaitsma põhiseadust igal võimalikul viisil.^{*139}

Hans Kelsen sündis 11. oktoobril 1881 Prahas juudi perekonnas. 1883. aastal liikus perekond Viini. Kelsen habiliteerus 1911. aastal ning 1919. aastast kuni 1930. aastani oli Viini Ülikooli professor. Ta alustas oma juristikarjääri ajal, kui riigiõiguses oli au sees positivism, mida kaitsesid juhtivad Austria ja Saksa riigiõigused. Kelsen oli tugevasti mõjustatud Edmund Bernatziku vaadetest. Tähelepanuväärne on ka asjaolu, et Kelsenil olid tihedad sidemed Austria sotsiaaldemokraatidega, eriti selle juhi Karl Renneriga.^{*140}

Kelseni sõnastatud põhiseadusliku õigusemõistmise mehhanism ei olnud abstraktse teooria produkt. Selle vajadus tulenes ajaloolistest ja poliitilistest teguritest. Olulisim oli Austria riigi institutsionaalne vorm. I maailmasõja järgsete poliitikute ees seisis küsimus, kas kujundada riigist unitaarne tsentraliseeritud riik või liitriik. Impeeriumi lagunemine avas tee vastuoludeks riigi uute institutsioonide ja regioonide (*Länder*) vahel. Sotsiaaldemokraadid, kes olid aastatel 1918–1919 peamine poliitiline jõud Austrias, pooldasid unitaarriiki, kristlikud sotsialistid seevastu liitriiki. Kuna unitaarriigi idee ei osutunud teostatavaks, tekkis küsimus, kui palju vabadust ja millist pädevust anda liidumaadele.^{*141} Kelsen koostas Renneri juhiste järgi 1919. aasta alguses riigikantslerile ettekande, milles ta kavandas Austria korralduse liitriigina ning pakkus sellise põhiseaduskohtu loomise, millel on pädevus tunnistada liidumaade seadused kehtetuks, kui need on vastuolus põhiseadusega. Asutav kogu nõustus ettepanekuga.^{*142} Põhiseaduskohus loodi 25. jaanuaril 1919. Põhiseaduskohtu pädevus sattus aga liidumaade kriitika alla, sest andis liitriigi valitsusele õiguse vaidlustada liidumaade õigusakte, kuid ei andnud liidumaa valitsusele õigust vaidlustada föderaalset seadusi.

Liidumaade ja liidu vahelised suhted, seega selle, millist tüüpi liitriik luua, pidi lahendama põhiseadus. Renner usaldas põhiseaduse visandamise Kelsenile. Kelsen nägi ette, et Austria tuleb muuta liitriigiks, kuid see ei tähendanud, et Austria pidi olema liidumaade föderatsioon. Tema ning sotsiaaldemokraadid arvasid, et liidumaad ei andnud oma suveräänsust üle asutavale kogule, vaid vastupidi: asutav kogu andis neile suveräänsuse.^{*143} Seetõttu pidi põhiseaduslik õigusemõistmine tagama, et liidumaade seadused oleksid kooskõlas põhiseadusega. Nii Renneri kui ka Kelseni arvates oli oluline neutraliseerida liidumaade tsentrifugaaljõudu tulevases liitriigis.^{*144} 1920. aasta suvel läks põhiseaduse koostamine kolme suure erakonna – sotsiaaldemokraatide, kristlike sotsialistide ja rahvuslaste – kätte. Põhiseaduse teksti kirjutamine anti põhiseadusajade alamkomiteele, kus Kelsen mängis võtmerolli. Kelsen kaitses seadusandliku võimu esmasust ja haldamise seaduslikkust ning koos Merkliga pakkus *ex officio* protseduuri, millega põhiseaduskohus muutuks põhiseaduse objektiivseks kaitsjaks. Kelseni jaoks olid põhiseaduslik ja halduskohtulik õigusemõistmine kaks olulist institutsiooni, et tagada tasakaal föderatsiooni ja regioonide vahel, keskvalitsuse ja liidumaade vahel, et säilitada riigi sisemine ühtsus.^{*145} Kelseni idee, et põhiseaduskohtul võiks *ex officio* olla õigus algatada protseduur põhiseaduslikes asjades, ei leidnud toetust, sest arvati, et see läheb liiga kaugele. 1920. aasta septembris pakkus Kelsen uue sõnastuse, mille järgi võis liitriigi valitsus vaidlustada liidumaade seadusi ning vastupidi, liidumaa valitsus föderaalset seadusi. Omal algatusel võis kohus kontrollida seaduse põhiseadusele vastavust üksnes juhul, kui kohus kohaldas seadust konkreetses kohtuasjas.^{*146} Austria 1920. aasta põhiseaduse järgi oli seega kaks teed seaduste põhiseadusele vastavuse kohtulikuks kontrolliks: otsene ja kaudne. Kaudse kontrolliga oli tegemist siis, kui menetlusosaline väitis, et tema põhiseadusega kaitstud õigusi on haldusmenetluses rikutud, sest akt tugines põhiseadusvastasele seadusele.

¹³⁷ Samas, lk 276–277.

¹³⁸ Samas, lk 277.

¹³⁹ T. Olechowski (viide 135), lk 84.

¹⁴⁰ C. Jabloner. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. – *European Journal of International Law* 1998, Vol. 9, No 2, lk 372–377.

¹⁴¹ S. Lagi (viide 136), lk 278–279.

¹⁴² T. Olechowski (viide 135), lk 85.

¹⁴³ S. Lagi (viide 136), lk 280.

¹⁴⁴ Samas, lk 282.

¹⁴⁵ Samas, lk 283.

¹⁴⁶ T. Olechowski (viide 135), lk 86.

See väide jõudis põhiseaduskohtusse pärast seda, kui läbitud olid kõik kaebeõiguse staadiumid. Vaid ülemkohus ja kõrgem halduskohus võisid saata küsimuse konstitutsioonikohtusse. Ülemkohus ja halduskohus tegutsesid *ex officio*. Otsese kohtuliku kontrolli võisid põhiseaduskohtus algatada riigi valitsus või liidumaa valitsus vastavalt liidumaa ning föderaalsete ja määruste kohta.^{*147}

1920. aastal nimetati Kelsen põhiseaduskohtu kohtunikuks äsja surnud mentori Bernatziku asemele. Kohtuniku ja Viini ülikooli professorina kirjutas Kelsen 1928. aastal oma kuulsa essee „Põhiseaduslik õigusemõistmine“^{*148}, milles ta võttis kokku oma seisukohad põhiseaduslikkuse järelevalve küsimuses. Kelseni järgi ei saa parlament põhiseadusele allumisel toetuda iseendale. Ülesanne tühistada põhiseadusvastased seadused tuleb usaldada eraldi organile, mis on sõltumatu kõigist teistest riigorganitest. Kriitikutele, kes nägid põhiseaduskohtus tõsist ohtu seadusandliku organi suveräänsusele, vastas Kelsen, et seadusandlus ise on allutatud põhiseadusele. Põhiseaduslik õigusemõistmine võimaldab poliitilisest aspektist vältida võimu ülemäärast koondumist ühe organi kätte, mis kahjustaks demokraatiat. Asjaolu, et põhiseaduse muutmise nõuab suurema enamuse toetust, tähendab, et mõned fundamentaalsed küsimused saab lahendada vaid kokkuleppel vähemusega. Lihtenamuse ei saa, vähemalt mõnes asjas, oma tahet vähemusele peale suruda, eriti põhiõiguste puhul. Igal vähemusel, kelle huvid on mingil moel põhiseadusega kaitstud, on üldtunnustatud huvi, et seadused vastaksid põhiseadusele. Kelseni arvates on põhiseaduslik õigusemõistmine vähemuste tõhus kaitsevahend ja lõppkokkuvõttes tõeline demokraatia, mis on rajatud dialoogivormis rahumeelsele suhtele enamuse ja vähemuse vahel. Kelsen sobitas põhiseaduskohtu demokraatia teoriasse.^{*149} Põhiseaduslik õigusemõistmine pole midagi muud kui tagatis, et ühiskonnas järgitakse mängureegleid. Põhiseaduskohus muutub vahemeheks, mille eesmärgiks on kaitsta vähemust, demokraatia olulist eeltingimust.^{*150}

Kelsen kaitses teesi, et õigusemõistmine, samuti põhiseaduslik õigusemõistmine, on astmelises õigusüsteemis õigusloome, millel on poliitiline aspekt. See muudab põhiseaduskohtu nii õigusemõistmise kui ka seadusandlikuks institutsiooniks. Sellest teesist lähtuvalt nägi Kelsen ette, et Austria põhiseaduskohtu liikmed valib parlament ning parlamendi liikmed võivad olla kohtunikud.^{*151}

Austrias, hiljem paljudes teisteski Euroopa riikides, ei peetud soovitatavaks anda kõigile kohtutele piiramatu pädevus kontrollida seaduste vastavust põhiseadusele. Kelsen selgitab, et Ameerika Ühendriikide kogemus mõjutas koondama põhiseaduslikkuse järelevalve ühe institutsiooni, põhiseaduskohtu kätte, kellel ainsana on pädevus tunnistada põhiseadusvastane õigusakt kehtetuks.^{*152} USA põhiseaduses pole selgeid sätteid põhiseadusvastase akti mõju kohta. Sellise ebamäärasuse vältimiseks peeti vajalikuks seaduste kohtulik kontroll koondada. Ameerika Ühendriikide põhiseaduse järgi on seaduste kohtulik kontroll võimalik üksnes kohtumenetluses, mille eesmärgiks pole kindlaks teha seaduse põhiseadusvastasus, vaid seaduse põhiseadusvastasuse küsimus tõuseb juhul, kui kohtumenetluse pool väidab, et seaduse kohaldamine konkreetse asjas on tema huvi ebaseaduslik rikkumine. Kuigi konkreetse asjas tuvastatakse seaduse põhiseadusvastasus ning seda ei kohaldata, jääb seadus jõusse. Kelseni arvates on sellises olukorras võimalikud eri arvamused seaduse põhiseaduspärasuse kohta ning ühemõttelise otsuse puudumine tekitab suure ohu põhiseaduse autoriteedile.^{*153} Liiati oldi Austrias arvamusel, et õigusaktide põhiseaduspärasus on avalik huvi, mis väärrib kaitsmist erilise protseduuriga ning kooskõlas selle erilise iseloomuga.^{*154} Arvesse võeti samuti asjaolu, et Austrias, samuti teistes Euroopa riikides, oli üldkohtute kõrval teisi kohtuid, eelkõige halduskohtud, mis ei olnud kohustatud järgima ülemkohtu seisukohti. Euroopas ei olnud ka kasutusel *stare decisis*'e doktriin.^{*155}

Austria 1920. aasta põhiseaduse ettevalmistamise käigus arutati samuti, kas anda õigus igale kodanikule esitada kaebus (*actio popularis*) põhiseaduskohtule, mis on seejärel kohustatud uurima seaduse

¹⁴⁷ H. Kelsen. *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and American Constitution.* – *The Journal of Politics* 1942, Vol. 4, No 2, lk 194–196.

¹⁴⁸ H. Kelsen. *La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle).* – *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1928, vol. 35, lk 197–259.

¹⁴⁹ Vt samuti H. Kelsen. *Demokraatia ja maailmavaade.* Tõlk. M. Saul. – *Akadeemia* 1990, nr 6, lk 1219–1225.

¹⁵⁰ T. Ehs. *Felix Frankfurter, Hans Kelsen, and the Practice of Judicial Review.* – *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2013, Jg. 73, lk 460. Arvutivõrgus: https://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_3_a_451_482.pdf.

¹⁵¹ H. Kelsen (viide 148), lk 187.

¹⁵² Samas, lk 194.

¹⁵³ Samas, lk 185.

¹⁵⁴ Samas, lk 193.

¹⁵⁵ Samas, lk 186.

kehtivust, ning kas pakkuda vähemusele kaebevõimalus, kui enamus võtab vastu seaduse. Kumbki neist vahenditest põhiseadusesse ei jõudnud.^{*156}

1929. aasta põhiseadusreformi tulemusena muudeti demokraatlik ja õiguskeskne Austria Vabariik 1933. aastal autoritaarseks ning 1938. aastal kaotas Austria oma iseseisvuse. Kelsen vallandati põhiseaduskohtu kohtuniku ametist 1930. aastal ning edaspidi pühendus ta teadusele ja õpetamisele.

VII. Hans Kelseni ja Carl Schmitti väitlus

Põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve üks tulihingelisemaid vastaseid oli Saksa õigusteadlane Carl Schmitt. Ehkki Austria põhiseaduskohus oli 20. sajandi kolmekümnendate aastate alguseks tegutsenud juba kümme aastat, pidasid Kelsen ja Schmitt just siis väitluse teemal, kes on põhiseaduse valvur. Küsimus põhiseaduse valvuri kohta oligi Saksa õigusteadlaste, poliitikute ja juristide hulgas keskne arutlusteema, sellal kui Ameerika Ühendriikides oli selline küsimus teisejärguline. Seal peeti kohtuliku kontrolliga seoses olulisemaks küsida, kas konstitutsioon on seadus.^{*157}

1929. aastal avaldas Kelsen oma töö „Põhiseadusliku õigusemõistmise olemus ja areng“ („Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“)^{*158}, milles ta süstemaatiliselt põhjendas põhiseaduskohtu rolli põhiseaduse valvurina. Schmitt kritiseeris Kelseni teooriat 1931. aastal ilmunud teoses „Põhiseaduse valvur“ („Der Hüter der Verfassung“).^{*159} Kelsen vastas Schmitti kriitikale samal aastal artikliga „Kes peaks olema põhiseaduse valvur?“ („Wer soll der Hüter der Verfassung sein?“).^{*160}

Õiguspoliitilise tausta mõistmine aitab aru saada väitlejate, eriti Schmitti argumentidest. Austria põhiseadus nägi ette põhiseaduskohtu loomise, kuna aga Weimari põhiseaduses puudusid sätted põhiseaduslikkuse kohtuliku kontrolli kohta. Tõsi, Austrias toimus 1929. aastal põhiseaduse reform, mille tulemusena saadeti põhiseaduskohus laiali ja loodi uus. Sellest reformist algas põhiseaduslikkuse kohtuliku kontrolli allakäik Austrias. Eespool märkisin, et 1925. aasta novembris tegi Saksa *Reichsgericht* otsuse, milles tunnustas liidu seaduste kohtuliku kontrolli ideed. Alates 1930. aasta aprillist ei suudetud Saksa parlamendis, riigipäevas (*Reichstag*) saavutada kokkulepet töötava enamuskalitsiooni moodustamiseks. Olukorda ei muutnud korduvad valimised. Selles situatsioonis oli liidupresident (*Reichpräsident*) ainus Weimari vabariigi toimiv demokraatlik institutsioon. Vabariiki juhiti enamasti täitevõimu aktidega, milleks õigusliku volituse andis Weimari põhiseaduse § 48 lõige 2.^{*161} Riigipäeva töövoimetus kestis kuni 30. jaanuarini 1933, mil liidupresident Paul von Hindenburg nimetas kantsleriks Adolf Hitleri. 1932. aasta novembris riigipäeva valimistel oli natsipartei (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*) saanud umbes 33% häältest. Hitler saatis riigipäeva kohe laiali. Viimased sündmused väitlejate vaateid siiski ei saanud mõjutada.

Kelseni vaatepunktist on õigusemõistmine riigiasjades põhiseaduslik õigusemõistmine ning sellisena põhiseaduse kohtulik tagatis. Põhiseaduse kohtulik järelevalve tulenes õiguskorra astmelisest ülesehitusest.^{*162} Kohtuotsus on „individuaalne õigusnorm – üldise ja abstraktse õigusnormi individualiseering või konkretiseering, õigusloome protsessi jätkamine üldisest individuaalsesse“^{*163}. Vahetegemine õiguse loomise ehk vastuvõtmise ja õiguse elluviimise ehk rakendamise vahel pole Kelseni arvates kaugeltki nii absoluutse iseloomuga, nagu väitis traditsiooniline õigusõpetus. Enamik õigusaktidest on samal ajal õiguse loomise ja õiguse ellurakendamise aktid.^{*164} Astmeliselt ehitatud õiguskorra ühtsus võib sattuda ohtu, kui mõni madalama astme norm hälbib tema loomist või sisu määravast kõrgema astme normist. Probleem on

¹⁵⁶ Samas, lk 197.

¹⁵⁷ G. Casper. Guardians of the Constitution. – Southern California Law Review 1980, Vol. 53, lk 774.

¹⁵⁸ H. Kelsen. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. – Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Hrsg. von H. R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck. Band 2. Verlag Österreich 2010, lk 1485–1531. Ingliskeelne tõlge raamatus L. Vinx. *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge University Press 2015, lk 22–78.

¹⁵⁹ C. Schmitt (viide 121). Ingliskeelne osaline tõlge eelmises viites mainitud L. Vinx raamatus, lk 125–173.

¹⁶⁰ H. Kelsen. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* – Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Hrsg. von H. R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck. Band 2. Verlag Österreich 2010, lk 1533–1573. Sellegi töö ingliskeelse tõlke leiab lugeja L. Vinx raamatust, lk 1533–1573.

¹⁶¹ B. A. Schupmann. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory. A Critical Analysis*. Oxford University Press 2017, lk 2.

¹⁶² H. Kelsen (viide 133), lk 68–78.

¹⁶³ Samas, lk 72.

¹⁶⁴ Samas, lk 74.

selles, kuidas säilitada ühtsus õiguskorras, loogiliselt suletud normisüsteemis, kui selle süsteemi kahe eri astme normide vahel valitseb loogiline vastuolu – kui samal ajal kehtivad põhiseadus ja seda rikkuv seadus, nii seadus kui ka sellega vastuolus olev kohtuotsus.^{*165}

Millised on tagatised põhiseaduse kaitseks? Kelseni arutluse järgi on põhiseaduse kaitseks preventiivsed ja repressiivsed tagatised. Preventiivsed tagatised soosivad õiguslikult vigaste aktide vastuvõtmise ärahoidmist. Repressiivsed reageerivad õiguslikult vigasele aktile, mis on juba vastu võetud. Õiguslikult vigase akti tühistamine tähendab akti kõrvaldamist koos selle õigusliku mõjuga. Kelsen kinnitas, et mitte ükski teine seaduslikkuse tagatis pole nii loomulik kui õiguslikult vigase akti tühistamise jätmine asutusele, mis andis välja vigase akti. Tõhusaks seaduslikkuse tagatiseks on vorm, et teine asutus teeb kindlaks õigusliku puuduse ning seejärel õigusakti vastu võtnud asutusel on kohustus akti tühistada. Selline asjade kulg oleks loomulik, kuid Kelsen pidas poliitiliselt naiivseks ootust, et parlament tühistab akti, mille ta on vastu võtnud. Seepärast ei saa parlamenti ennast teha põhiseaduslikkuse garantiks. Võimuvolitused põhiseadusvastase seaduse tühistamiseks tuleb anda teisele, seadusandjast sõltumatule asutusele. Õiguslik-poliitiline vajadus tagada põhiseaduse toimimine nõuab institutsiooni, mis kontrollib teatavate asutuste nagu parlament ja valitsus käitumise kooskõla põhiseadusega. Selliseks institutsiooniks oli Kelseni veendumuse järgi põhiseaduskohus.^{*166} Kelsen nägi ette kaks võimalikku vastuväidet. Esimene vastuväite: selline lahendus ei sobi kokku parlamendi suveräänsusega. Kelseni arvates kukub argument kokku kohe, kui me mööname, et põhiseadusega kindlaksmääratud seadusandlik protsess pole teistsugune kui seadusega kindlaksmääratud kohtu- või haldusprotseduurid.^{*167} Teine vastuväide võib tuleneda võimude lahususe põhimõttest. Esialgu võib tõepoolest arvata, et kui õigusakti tühistab asutus, mis pole seda akti vastu võtnud, siis selline tegevus sekkub seadusandja võimuvaldkonda. Kelsen seadis kahtluse alla seadusandluse ja õigusemõistmise täieliku eraldamise funktsionaalsel alusel. Seaduse tühistamine on vastupidine seaduse jõustamisele ning on seepärast seadusandlik funktsioon. Kohus, mis on volitatud seadusi tühistama, on seadusandliku võimuga asutus. Seepärast võime vaadata kohtu pädevust seadusi tühistada kui seadusandliku võimu üleandmist kahele asutusele, selle asemel et pidada seda sekkumiseks seadusandlikku võimupädevusse. Et võimude lahususe põhimõttel oleks demokraatlikus ühiskonnas mõistlik tähendus, siis väljendaks seda Kelseni arvates paremini mõiste „võimude jaotus“.^{*168}

Kelseni oponent Schmitt ei eitanud iseenesest põhiseaduslikkuse kohtuliku kontrolli pädevust. 1928. aastal publitseeritud põhiseaduse teooriat käsitletavas raamatus „Konstitutsiooniõpetus“ („Verfassungslehre“) kirjutas Schmitt, et ta võib nõustuda tavaseaduste põhiseadusele vastavuse kohtuliku kontrolli pädevusega, „millega ei kaasne kohtu mõju seadusandlikule võimule ning võimude lahususe põhimõtte jääb puutumata“^{*169}. Kohtunik jääb siin seaduse piiridesse ja isegi siis, kui ta lahendab kahtlusi seaduse kehtivuse suhtes, ei tohi ta hüljata puhtalt normatiivset sfääri.^{*170} Kontrolliõigus tuleneb erakorralisest olukorrast, milles kohtunik ennast leiab, kui ta kohtuasja lahendamisel on silmitsi seadusesättega, mis on põhiseadusega vastuolus, kuid sellegipoolest peab langetama otsuse. Sellises olukorras võib kohtunik jätta seaduse kohaldamata, kuid kohus jääb seotuks seadusega ega muutu põhiseaduse kaitsjaks selle fakti tõttu, et annab üksikjuhul eelistuse põhiseadusele tavaseaduse ees.^{*171} Samas ta tõdeb, et kui oht põhiseadusele kogu 19. sajandi vältel tuli valitsuse poolt, siis tänapäeva mure on esmajoonel seotud seadusandjaga. Nüüdisaegse põhiseaduse sätted pidavat teenima suures osas eesmärki kaitsta teatavaid asju ja huve, mis võivad olla parlamendi muutuva enamuse otsustamisobjektiks.^{*172}

Schmitt oli nii parlamendi suveräänsuse kui ka põhiseadusliku õigusemõistmise vastu. Ta arvas, et nüüdisaegne parlament ei ole oma pluralistliku jaotuse tõttu enam võimeline vastu võtma tõeliselt poliitilisi otsuseid kogu rahva nimel.^{*173} See järeldus peegeldas olukorda Saksamaal 20. sajandi kolmekümnendate aastate alguses.

¹⁶⁵ Samas, lk 75.

¹⁶⁶ H. Kelsen (viide 158), lk 1504.

¹⁶⁷ Samas.

¹⁶⁸ Samas, lk 1505.

¹⁶⁹ Tsiteeritud raamatu ingliskeelse väljaande järgi: K. Schmitt. *Constitutional Theory*. Transl. and ed. by J. Seitzer. Duke University Press 2008, lk 231–231.

¹⁷⁰ Samas, lk 232.

¹⁷¹ C. Schmitt (viide 159), lk 20.

¹⁷² Samas, lk 25.

¹⁷³ L. Vinx (viide 158), lk 9.

Schmitti argument Kelseni põhiseaduskohtu kui põhiseaduse valvuri vastu oli ehitatud väitele, et põhiseaduslik õigusemõistmine ületab kohtu legitiimsuse võimupiiri. Kohtuasutus, mis peab otsustama seaduse või valitsuse akti vastavuse üle põhiseadusele, peab langetama otsuse, mis on vaieldav ning õigustatud eriarvamuste objektiks. Põhiseaduse sätted on sageli ebaselged ja avatud mõisted, mis ei võimalda mittevaideldavaid otsuseid. Selle tulemusena põhiseaduskohus võib olla sunnitud vastu võtma poliitilise otsuse, mida ei saa enam õigustada kui õigusnormi kohaldamist. Kohus tegutseb seadusandjana, millega rikub võimude lahususe põhimõtet.

Schmitt järeldas Weimari põhiseaduse sisu põhjal, et põhiseaduse valvur juba eksisteerib. Selleks pidi olema Saksa liidupresident. Vaatekoht, et *Reichspräsident* on üks põhiseaduse valvur, oli Schmitti arvates kooskõlas põhiseaduse aluseks oleva demokraatia põhimõttega. Liidupresidendi valis Saksa rahvas, tema ameti aspektid (7-aastane ametiaeg, sõltumatus parlamendi enamusest) ning tema poliitiline pädevus seadusandja suhtes (eriti parlamendi laialisaatmise ning rahvahääletuse algatamise õigus) olid sisuliselt pöördumine rahva poole.^{*174}

Kelsen arvas, et Schmitt argumenteerib põhiseadusliku õigusemõistmise vastu oma teesi toetuseks, et liidupresident on põhiseaduse valvur. Schmitti kriitikal vastas Kelsen täiendavate põhjendustega.^{*175} Kelseni arvates Schmitt ja tema mõttekaaslased lähtusid ekslikust eeldusest, et oluline on erinevus õigusemõistmise ja poliitilise funktsiooni vahel ning et otsus seaduse põhiseaduspärasuse kohta on poliitiline akt, mistõttu selline tegevus ei ole õigusemõistmine. Vaade, et vaid seadusandlus on poliitiline tegevus ning õigusemõistmine seda ei ole, on Kelseni väitel sama vale kui usk, et seadusandja üks on õiguse produktiivne looja ja õigusemõistmine vaid reproduktiivne õiguse kohaldamine. Volitades kohtunikku teatavates piirides kaaluma konfliktis olevaid huvisid ja otsustama ühe poole huvi kasuks, annab seadusandja kohtunikule võimu luua õigust ning kohtu funktsioonile samasuguse poliitilise iseloomu, mis seaduspäraselt on, küll suuremal määral, omane seadusandjale. Seadusandja ja kohtu poliitilise iseloomu vahe on üksnes kvantitatiivne.^{*176} Need, kes pooldavad põhiseaduskohtu institutsiooni, pole kunagi eitanud selle kohtu otsuste suurel määral poliitilist tähendust. Kelsen nõustus, et küsimus õigusemõistmise piiride kohta on põhjendatud, kuid leidis, et see on pigem põhiseadusliku õigusemõistmise rakendamise pragmaatiline küsimus.

Kuigi 20. sajandi kolmekümnendate aastate keskpaigaks ei leidnud kummagi väitleja argumentid riigiõiguses rakendust, annab põhiseadusliku õigusemõistmise tormiline kasv pärast II maailmasõda tunnistust Kelseni õigusteoreetiliste ja -poliitiliste vaadete elujõulisusest, ehkki seniajani kuuldub hääli, mis taasesitavad Schmitti põhiseadusliku õigusemõistmise kriitika argumente.

VIII. Eesti esimesed põhiseadused ja põhiseaduslikkuse järelevalve

Selles kirjatöös jääb lõpliku vastuseta küsimus, milline on olnud õigusaktide kohtuliku kontrolli areng Eestis möödunud sajandi kahe- ja kolmekümnendatel aastatel. Meie esimene põhiseadus võeti Asutava Kogu poolt vastu 15. juunil 1920, enam kui kümme kuud pärast Weimari konstitutsiooni, neli kuud pärast Tšehhoslovakkia põhiseaduse ning kolm ja pool kuud enne Austria põhiseaduse vastuvõtmist. Kas ja kuivõrd põhiseaduslikkuse kohtuliku kontrolli küsimust põhiseaduse ettevalmistamise käigus kaaluti, ootab veel selgitamist. Hiljutises uurimuses Eesti parlamendi ajaloo^{*177} on see küsimus uurija tähelepanu alt välja jäänud.

Varasemast kirjandusest leiame siiski osutuse, et juba Asutava Kogu ajal võeti põhiseaduskohtu suhtes eitav seisukoht.^{*178} Uuesti võeti põhiseaduskohtu loomine arutusele 1937. aasta põhiseaduse ettevalmistamise käigus. Põhiseaduskohtu asutamise pooldajad (Palvadre, Saarmann, Piip) toonitasid, et säärase asutise puudumise korral on võimalikud konfliktid mitmesuguste riigiasutuste ja kõrgemate riigorganite vahel. Vastaspool (Eenpalu, O. Kask, Soots) avaldas arvamust, et põhiseaduskohtud eksisteerivad ainult arhailistes riikides, kust meil pole mõtet eeskujuga võtta. Läbirääkimiste lõppemisel asus esimese koja komisjon

¹⁷⁴ C. Schmitt (viide 159), lk 158–159.

¹⁷⁵ H. Kelsen (viide 160).

¹⁷⁶ Samas, lk 1541.

¹⁷⁷ J. Valge. Eesti parlament 1917–1940. Poliitiline ajalugu. Tallinn 2019.

¹⁷⁸ A. Mägi. Põhiseaduse koostamise käik rahvuskogus. – Põhiseadus ja Rahvuskogu. Tallinn 1937, lk 205.

põhiseaduskohtu loomise suhtes eitavale seisukohale, kuna aga teise koja vastav komisjon otsustas põhiseaduskohtu instituudi eelnõusse võtta, kusjuures selle kohtu ülesanded otsustati panna Riigikohtule.^{*179} Põhiseaduse §-i 121 kirjutati: „Seadusega määratakse menetluse algatamine ja kord riigivõimu teostamise seaduspärasuse üle otsustamisel kohtutes.“ See sõnastus ei näinud ette põhiseaduskohtu loomist. Palvadre selgituse järgi „kehtiva põhiseaduse § 3 ja 86 põhjal peab iga kohus vaidluse puhul otsustama ka kohaldamisele kuuluva seaduse põhiseaduspärasuse üle. Sama kord jääb püsima ka uue põhiseaduse § 3 põhjal, kuid iga kohus teostab õigusemõistmist oma võimkonna piirides ja võimkond määratakse seadusega“^{*180}.

Riigikohtu prokurör Richard Rägo kirjutas, et Asutava Kogu põhiseaduskomisjon arutas ka lahendust, mille kohaselt seadusi avaldab seadusandja valitud riigikohtunikest koosnev Riigikohus, kes pidi otsustama, kas vastuvõetud ja avaldamiseks saadetud seadus vastab põhiseadusele. Sellisel kujul läbis eelnõu kaks lugemist. Kolmandal lugemisel otsustati ideest loobuda, sest kardeti ühelt poolt Riigikohtu liigset sekumist Riigikogu töösse ja teiselt poolt seadusandluse aeglustumist ning lahenduste venimist rahvahääletusele panemise korral, mis oleks juhtunud, kui Riigikogu poleks aktsepteerinud Riigikohtu otsust. Rägo sõnusti näitab see, et põhiseaduse loojatel algusest peale oli mõte seada kohus põhiseaduse puutumatus valvuriks ühel või teisel teel.^{*181} Oma iseloomult oluiks selliselt kujundatud põhiseaduslikkuse järelevalve preventiivne, sest Riigikohus oleks toimetanud kohtulikku järelevalvet enne seaduse jõustumist.

Vaieldamatu on aga fakt, et 1920. aasta põhiseadus sarnaselt Weimari konstitutsiooniga põhiseaduskohtu loomist ette ei näinud ning selles ei sätestatud ka sõnaselgelt kohtute pädevust kontrollida õigusaktide põhiseadusele vastavust.

Üsna pea pärast põhiseaduse jõustumist hakati ka Eesti õiguskirjanduses arutlema, kes on põhiseaduse valvur. Otsa tegi lahti professor Berendts ajakirja *Õigus* 1920. aasta novembrinumbris. Ta järeldas põhiseaduse § 3 sõnade „Eesti riigivõimu ei saa keegi teostada muidu, kui põhiseaduse või põhiseaduse alusel antud seaduste põhjal“, et seadusjõudu omavad ainult need seadused, mis põhiseadusega kooskõlas on: „Seadused, millel see kokkukõla puudub, jäävad ilma seadusliku jõuta, on seega õiguslikult tähtsusetu.“ Ta küsis: „missugune organ peab põhiseaduse puutumatus järele valvajaks olema?“^{*182} Ja vastas: „Siin on põhiseaduse puudus. Selle küsimuse peale ei leia me vastust põhiseadusest.“^{*183} Berendts arutles, et rahvaesinduse kätte seaduste seaduslikkuse üle valvamist usaldada oleks sama hea kui teda tema enese üle kohtunikuks panna. Berendtsi arvates sai põhiseaduse valvuriks olla kõrgem kohtuasutus riigis, sest ainult sellisel kõrgemal kohtulikul organil on tarvilik objektiivsus, et *sine ira et studio* otsustada, kas üksikseadused vastavad põhiseadusele.^{*184} Berendts oli ka arvamusel, et organ, kes ülemahtu teostab, etendab suurt osa nii õigusemõistmises kui ka õiguse loomises. „Mitte selles mõttes, et ülemahtu seadusandja asemele astuks, vaid ta saab tema kaastööliseks seaduse arendamises.“^{*185}

Berendtsi kirjutisele reageeris 1922. aasta ajakirja *Õigus* esimeses numbris Rägo, kes Berendtsi järeldustega nõus ei olnud. Rägo osutas Uluotsale, kes olla Tartu ülikooli aastapäeval peetud pidukõnes muu hulgas tähendanud, et Eesti põhiseaduse puutumatus valvajaks on põhiseaduse § 86 põhjal seatud kohus.^{*186} 1920. aasta põhiseaduse § 86 ütles: „Põhiseadus on vankumatuks juhteks Riigikogu ning kohtu- ja valitsusasutuste tegevuses.“ Rägo arutluskäik on järgmine. Riigikogu poolt antud seadusi saab muuta ja tühistada kas tema ise või rahvas rahvahääletusel. Mingisugune teine asutus, ka mitte kohus, ei saa seda teha. Kuid kohtuasja arutamisel võib üks asjaosaline kohtuniku tähelepanu juhtida asjaolule, et tarvitata seadus ei vasta põhiseadusele. Kohtunikule on § 86 vankumatuks juhiseks, mistõttu jätab ta kohaldamata lihtseaduse, mis on põhiseadusvastane. Kohus ei tühista seadust, ta vaid konkreetsel juhtumil konstateerib, et lihtseadus pole kooskõlas põhiseadusega. Rägo arvates pidi olema selge, et põhiseaduse puutumatus järele valvab Eestis kohus ning iga kohtunik on kohustatud kohaldama ainult põhiseadusega kooskõlas olevaid seadusi.^{*187} Rägo arutluse eeskujuks oli Ameerika Ühendriikides kasutusel olev kohtuliku kontrolli mudel,

¹⁷⁹ Samas.

¹⁸⁰ A. Palvadre. Kohtud uue põhiseaduse alusel. – Põhiseadus ja Rahvuskogu. Tallinn 1937, lk 340.

¹⁸¹ R. Rägo. Kes valvab Eesti põhiseaduse puutumatus järele? – *Õigus* 1922, nr 1, lk 3. Vt samuti H. Schneider. Eesti põhiseadused ja nende järelevalve. – Riigikogu Toimetised 2002, nr 5, lk 195.

¹⁸² E. Berendts. Eesti Vabariigi Riigikohus ja 1920. aasta põhiseaduse printsiibid. – *Õigus* 1920, nr 2, lk 43.

¹⁸³ Samas.

¹⁸⁴ E. Berendts (viide 182), lk 56.

¹⁸⁵ Samas, lk 59.

¹⁸⁶ R. Rägo (viide 181), lk 2.

¹⁸⁷ Samas, lk 2–4.

millele ta ka oma artiklis sõnaselgelt osutas. Näib, et samasugune vaatekoht kohtust kui põhiseaduse valvurist oli II maailmasõja eelses Eesti õigusteoorias domineeriv.^{*188} Põhiseaduskohtu loomist ei toetatud, kuid kohtutes nähti põhiseaduse valvurit. Marelle Leppiku uurimuse järgi kontrollis Riigikohus aastatel 1927–1931 mitmel korral seaduse sätete vastavust põhiseadusele.^{*189}

XIII õigusteadlaste päevadel Tartus 5. ja 6. aprillil 1934 tegi professor A.-T. Kliiman ettekande teemal „Põhiseaduspärasuse kontroll“. Ajakiri Õigus avaldas referaadi teesid, millest nähtub, et Kliimani arvates on põhiseaduspärasuse kontroll „tarvilik ja teostatav sellekohase keskinstanti kaudu“^{*190}. Kliimani põhiseaduspärasuse kontrolli mudel nägi ette ka individuaalkaebused, mida võib esitada iga isik, kelle õigusi või huve on „riigivanema või Vabariigi Valitsuse toimingutega põhiseadusevastaselt puudutatud“^{*191}. Siinkirjutajal pole andmeid, kas ettekandja oli ette valmistanud referaadi kirjaliku tervikteksti, mis annaks selgema ülevaate Kliimani ideest, ning kui terviktekst oli, siis kas see on säilinud.

Kokkuvõtteks

Õigusaktide kohtuliku kontrolli idee ei sündinud koos tänapäevase konstitutsionalismi tekkega 18. sajandi lõpul ja 19. sajandi alguses. Idee juured on klassikalises Ateenas. Klassikaline Ateena (6.–4. saj eKr) oli demokraatia, kus tunti võimude lahusust, õigusaktide hierarhiat ning nende kohtulikku kontrolli. Ehkki arvatakse, et puuduvad tõendid, mis kinnitaksid, et Ateena instituudid olid eeskujuks Ameerika põhiseaduspärasuse kontrolli kujundamisel, on Ateena seaduste ja määruste kohtulikule kontrollile ning nüüdisaegsele põhiseaduslikkuse järelevalvele ühine, et sellise kontrolli kehtestamiseks on vaja teatavaid tingimusi. Eelkõige õigusnormide mingisugust hierarhiat, olukorda, kus seadused pole ühesuguse õigusejõuga, ning suuremal või vähemal määral võimude lahusust. Konstitutsiooni olemasolu on põhiseaduslikkuse järelevalve süsteemi oluline koostisosa, kuid põhiseaduspärasuse kontroll ei eelda ilmtingimata kirjutatud konstitutsiooni.

Ameerika Ühendriikides 18. sajandi lõpul ja 19. sajandi algul tekkinud nüüdisaegsel konstitutsionalismil, mille üheks osaks oli põhiseaduse kohtulik järelevalve, oli tohutu tähtsus riigiõiguse arengule Euroopas. Marshalli sõnastatud argumentid kohtuliku järelevalve õigustamiseks – 1) kirjutatud konstitutsiooni kui aluseaduse siduvus, 2) konstitutsioon kui kõrgeim seadus, mida ei saa muuta tavalises korras, ning 3) kohtunikud on konstitutsiooni ning tavaseaduse konflikti korral kohustatud juhinduma konstitutsioonist – mõjutasid kohtuliku kontrolli teket ühel või teisel määral kõigis Euroopa riikides. Nagu nägime ka sõjaeelse Eesti põhiseaduslikkuse järelevalvet. Tõsi, kulus üsna palju aega enne kui konstitutsiooniline õigusemõistmine Euroopas juurdus.

Arenguteed olid siiski erinevad. Prantsuse revolutsioon sarnanes Ameerika revolutsiooniga selles, et muutis riigivõimu revolutsioonilisel teel ja lõi uue korra kirjutatud konstitutsiooniga. Kuid revolutsioonid erinesid lähtekohtade ja eesmärkide poolest. Ameerika kolooniad juba nautisid ulatuslikku vaba ja liberaalset sotsiaalset korda, kuna aga Prantsuse sotsiaalset korda iseloomustasid kohustused ja köidikud, privileegid ja omandiga seotud piirid ning tõkked. Ameerika jaoks oli piisav asendada poliitiline võim ning luua vahendid kuritarvituste ärahoidmiseks. Ameerikas kogeti parlamenti emamaa parlamendi tegevuse tõttu pigem ohuna põhiõigustele kui nende kaitsjana. Prantsuse revolutsiooni käigus poliitilise võimu asendamine oli vaid hilinevad sotsiaalse reformi vahend. Revolutsiooni peamine eesmärk oli üleminek vabaduse ja võrdsuse põhimõtetele. Revolutsioonilisel Prantsusmaal tunnustati Marshalli kahte esimest põhimõtet. Kolmandat, et kohtunikul on võim jätta kõrvale põhiseadusega vastuolus olev seadus, oli raske tunnustada riigis, kus tunti vastumeelsust vana režiimi *parlement*'de suhtes. Prantsuse revolutsioon keelas seaduste kohtuliku kontrolli. Selle eesmärgiks oli kindlustada seaduse ülimuslikkus õigussüsteemis. Seadus väljendas Rousseau õpetuse järgi üldist tahet ning oli ainsaks legitiimseks õiguse allikaks.

Enne I maailmasõda säilitas enamik Mandri-Euroopa riike monarhia dualistliku süsteemi, mis ei pooldanud parlamendi ülimuslikkust ning kus keskne roll oli koodeksitel, mida peeti stabiilsemaks kui

¹⁸⁸ N. Maim. Riigiõigus. Koost. H. Anso, A. Pettai. 1932, lk 290; J. Uluots. Riigiõigus. Sõjaväe Õppeasutised 1939, lk 22–23; A. Palvadre (viide 180), lk 340.

¹⁸⁹ M. Leppik. Esimesi märke põhiseaduslikkuse kohtulikust järelevalvest: Riigikohtu praktika 1920. aasta põhiseaduse kehtimisajal. – *Juridica* 2012, nr 3, lk 185–192.

¹⁹⁰ Õigus 1934, nr 2, lk 95.

¹⁹¹ Samas.

põhiseadus ning soliidseks aluseks kohtuliku tõlgendamise jaoks.¹⁹² Kui monarhiad varisesid kokku ja asendati rahva suveräänsusega, nagu paljudes riikides pärast I maailmasõda, siis tekkis uus takistus. Konstitutsioonilist õigusemõistmist peeti mõnel pool demokraatiaga kokkusobimatuks. Leiti, et rahva esindusorgan, parlament, ei tohi olla välise kontrolli objektiks. Austria oli erand ning kujunes uut tüüpi konstitutsioonilise õigusemõistmise mudeliks.

Ameerika Ühendriikides kujundati *Marbury vs. Madisoni* 1803. aasta otsusega detsentraliseeritud, konkreetne kohtulik järelevalve, millel on mõju *inter partes*, kuid mis *stare decisis*'e doktriiniga laiendab otsuse mõju *inter omnes*. Austria ehk Kelseni kohtuliku järelevalve süsteem oli oluliselt erinev Ameerika süsteemist. Kohtulik kontroll koondati põhiseaduskohtusse, võimuasutustele (Austrias liidumaade valitsus ja keskvalitsus) anti võimalus esitada põhiseaduslikke kaebusi, kohtunikele aga küsida arvamusi.

Eesti 1920. aasta põhiseadus sarnaselt Weimari konstitutsiooniga põhiseaduskohtu loomist ette ei näinud ning selles ei sätestatud ka sõnaselgelt kohtute pädevust kontrollida õigusaktide põhiseadusele vastavust. Õigusteadlased kaldusid toetama seaduste põhiseadusele vastavuse kohtuliku kontrolli Ameerika mudelit.

Pärast II maailmasõda sai Euroopas valdavaks tsentraliseeritud põhiseaduslikkuse järelevalve mudel. Hiljem lisandus abstraktsele normikontrollile individuaalkaebuste läbivaatamine ja muu pädevus. Austria põhiseaduskohus loodi uuesti 1945. aastal. Aasta hiljem loodi Baieri põhiseaduskohus, mis sai eeskujuks Saksamaa Liitvabariigi põhiseaduskohtule. Saksa föderaalne põhiseaduskohus alustas tööd 1951. aastal. Itaalia 1948. aasta põhiseadus nägi ette põhiseaduskohtu loomise, kuid tegevust alustas see kohus alles 1956. Tšehhoslovakkia pöördus tagasi põhiseaduskohtu süsteemi juurde 1991. aastal, pärast selle riigi jagunemist Tšehhi ja Slovaki vabariigiks.

¹⁹² J.-L. Halpérin. *Five Legal Revolutions since the 17th Century. An Analysis of the Global Legal History*. Springer 2014, lk 92.